المستجدات في مسائل التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت ٢٠١٠

إعداد

زيد إبراهيم عبد الحليم زيد الكيلاني

المشرف

فضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

أيار، ٢٠١٣

نموذج ترخيص

أنا الطالب : زيد ابراهيم عبد الكريم زيد الكيلاني أمنح الجامعة الأردنية و/ أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و / أو استعمال و / أو استغلال و / أو ترجمة و / أو تصوير و / أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراه المقدمة من قبلي وعنوانها.

التخيير في مسائل التفريق الاختياري في قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد

وذلك لغايات البحث العلمي و / أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و / أو لأي غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو بعض ما رخصته لها.

اسم الطالب: زيد ابراهيم عبد الكريم زيد الكيلاني

التوقيع:

التاريخ: ٨-٥-٢٠١٣

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة بعنوان "المستجدات في مسائل التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت ٢٠١٠" وأجيزت بتاريخ ٢٠١٣/٤/٢٩.

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
١- الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين (أستاذ الفقه المقارن – الجامعة الأردنية)	رئيساً	....
٢- الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي (أستاذ الفقه المقارن – الجامعة الأردنية)	عضواً	....
٣- الأستاذ الدكتور محمد أحمد القضاة (أستاذ الفقه المقارن – الجامعة الأردنية)	عضواً	....
٤- القاضي الشرعي الدكتور سامر مازن القبج (دائرة قاضي القضاة)	عضواً	....

الإهـــــداء

إلى سيد الخلائق رسول الله صلى الله عليه وسلم من محب من أمته مشتاق للقائه سائلا مولاه أن يجمعه بحبيبه المصطفى صلى الله عليه وسلم على حوضه الشريف

إلى سيدي سماحة الوالد الشيخ إبراهيم عبد الحليم زيد الكيلاني متعه الله بالصحة والعافية ،هذه رسالة ولدك زيد الذي أحطته برعايتك وعنايتك وعطفك وحنانك، هذه الرسالة التي لطالما سألتني عنها بحرص وحب قائلا: (أين وصلت بالرسالة) ، أسأل الله أن يجعلنا على طريقك دعاة إلى الحق هداة مهديين

إلى أمي الغالية إلى أمي الحبيبة إلى حافظة القران ، من ربتني صغيرا وعلمتني كبيرا ، من أكرمتني بسندها المتصل بالقران العظيم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم

إلى شقيقتي الكريمتين إلى أشقائي الأعزاء إلى زوجتي الحبيبة إلى ابنتي الغاليتين سارة وزينب

إلى الأحبة جميعا

أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

أتوجه بخالص شكري وعميق تقديري إلى أستاذي الكبير الدكتور محمد نعيم ياسين حفظه الله ورعاه من أكرمني الله بالتتلمذ على يديه فرأيت فيه العلم والعمل الإرشاد ولمسنا حبه لطلابه ودعاءه لهم، أشكره على ما وسعني به من علم وحلم وفضل بإشرافه على هذه الرسالة،أشكره على توجيهاته ونصائحه التي كان لها بالغ الأثر ونافع التوجيه أسأل الله أن ينفع به العلم وأهله .

وشكري وتقديري إلى جميع أساتذتي في كلية الشريعة وجزاهم الله عني خير الجزاء .

قائمة المحتويات

المستجدات في مسائل التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت ٢٠١٠

إعداد

زيد إبراهيم عبد الحليم زيد الكيلاني

المشرف

فضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين

الملخص

تعرضت هذه الرسالة لما استجد من مسائل في باب التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ عما كان في القانون السابق رقم ٦١ لعام ١٩٧٦.

وتبين هذه الرسالة موقف المذاهب الفقهية من المواد المعدلة مع بيان المذهب الذي استند إليه القانون في تعديله موضحة أدلة هذه الرأي ووجه الاستدلال ومقاصد التعديل القانوني ومنبهة إلى المذهب الذي يفهم القانون على أساسه ويكون الاجتهاد القضائي مبنيا عليه.

ومن هذه المسائل المستجدة رد الزوجة للهدايا التي قدمها الزوج لها إذا طلبت الافتداء قبل الدخول، وإناطة تقدير النفقات التي تكبدها الزوج لغاية الزواج بالحكمين، وقبول النكول سببا ثبوتيا لدعوى التفريق للإعسار عن دفع المهر قبل الدخول والتفريق بين الامتناع عن دفع النفقة والإعسار بها في بابين مختلفين للتفريق والنص على التفريق للعقم والايلاء والظهار والردة وإباء الإسلام في مواد نص عليها القانون بعد أن كان يرجع في معظم المسائل المذكورة إلى المذهب الحنفي، والقناعة بوجود الشقاق والنزاع من خلال التحقق حال أن الزوجة هي المدعية،

وقبول الشهادة على التسامع في حال أن الزوج هو المدعي، واعتماد البينة العلمية سببا لرد دعوى اللعان وتغيير وصف الفرقة من طلاق إلى فسخ.

هذا ومن صفات القوانين معالجتها للحالات التي تعرض للقضاء معالجة حكيمة رشيدة، وقد مضى على بدء العمل في القانون السابق أكثر من ثلاثة عقود صاحبها تغيرات اجتماعية وسياسية واقتصادية فكان لا بد من منظومة تشريعية جديدة لتعالج هذه المتغيرات وتلبي حاجة المجتمع وتحقق مقاصد عقد الزواج.

وقد سعى القانون وفي معظم ما استجد في أبواب التفريق اعتماد الرأي الأقرب للدليل والمتسق مع روح التشريع والنهوض بالأسرة ودفع الظلم والضرر الواقع على أفرادها وحل المشكلات بأقل الأضرار.

بسم ا الرحمن الرحيم

الحمد رب العالمين الحنان المنان، الواحد الديان، ذي الجود والإحسان، من على عباده بأن شرع لهم أقوم الشرائع دينا قيما صراطا مستقيما، فيه سعادة الدارين وتحقيق مصالح المكلفين.

والصلاة والسلام على سيد المرسلين النور المبين من أخذ بأيدينا إلى الهداية، واستنقذنا ا به من الظلمات إلى النور ومن الضياع إلى العناية.

ثم الرضى عن أصحابه وال بيته أتباعه وورائه من العلماء الصالحين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إن المبدأ العام الذي يحكم التشريع الإسلامي كله وينظم جميع أحكامه ومقرراته هو تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، وهذا المعنى هو ما عبر عنه الإمام الشاطبي بقوله (وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا)[1]. فقد الشريعة الغراء انتظم بمبادئ عامة وهي المقاصد الشرعية التي ذكرها الإمام الغزالي قائلا (ومقْصود الشرعِ مِن الْخَلْق خَمسةٌ: وهو أن يحفَظَ عليهم دِينَهم ونَفْسهم وعقْلَهم ونَسلَهم ومالَهم)[2]، ونجد الامدي يقول: (المقصود المطلوب من شرع الحكم إما جاب مصلحة أو دفع مضرة أو مجموع الأمرين)[3].

---

(١) الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم موسى اللخمي الغرناطي (ت٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الاحكام، ج٢ ص٣، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني. وعبارة المبدأ العام للتشريع للدكتور الدريني أنظر الدريني، فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ج٤، ص٥٩٧، ط١، دار قتيبة، بيروت، ١٩٨٨.

(٢) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥ ت. هـ) المستصفى من علم الأصول ج١ ص٢٨٧، ط١، دار صادر، ١٣٢٤هـ.

(٣) الأمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي (ت٦٣١هـ / ١٢٣٣م)، الأحكام في أصول الأحكام ج٣، ص٢٧١، تعليق عبد الرزاق عفيفي، مؤسسة النور، (١٣٨٧هـ).

وعليه كانت الأحكام الشرعية مرتبطة بتحقيق مصالح العباد وإسعادهم في الدارين، ومن عظيم هذه الأحكام أحكام عقد الزوج الذي ينشئ أسرة ويبني جيلا ويشكل مجتمعا، فرسم الشارع الكريم لهذا العقد طريقا ليبقى محققا لمقصوده الذي أراده الشارع الكريم من المودة والرحمة والسكينة والسعادة، فإذا تقاصر هذا العقد عن أداء مقصوده، بأن أصبح مآله الضرر والشقاء جعل الشارع طريقا قويما لرفع هذا الضرر بالتفريق بين الزوجين بما يحقق مصالح طرفي العقد دون إفراط أو تفريط ، قال جل ذكره (فَإِمساك بِمعروفٍ أَو تَسريح بِإِحسانٍ) البقرة ٢٢٩.

وعليه فقد تناول قانون الأحوال الشخصية الأردني موضوع التفريق القضائي بين الزوجين وأفرد له بابا خاصا به استوعب فيه موجباته وضوابطه وأحكامه في الفصل الرابع من الباب الرابع في فصل التفريق القضائي باب انحلال عقد الزواج من المادة ١١٤ إلى المادة ١٤٤ من القانون الجديد.

وهذه الرسالة موضوعها مستجدات التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ هدفها ومشكلتها عرض ما استجد من أبواب ومسائل في باب التفريق القضائي في القانون المذكور عما كان في القانون السابق رقم ٦١ لعام ١٩٧٦

وإن من صفات القوانين معالجتها للحالات التي تعرض للقضاء معالجة حكيمة رشيدة، وقد مضى على بدء العمل في القانون السابق أكثر من ثلاثة عقود صاحبها تغيرات اجتماعية وسياسية واقتصادية فكان لا بد من منظومة تشريعية جديدة لتعالج هذه المتغيرات وتلبي حاجة المجتمع وتحقق مقاصد عقد الزواج.

مشكلة الدراسة

تهدف هذه الدراسة للإجابة عن الأسئلة التالية :ما هي المستجدات في مسائل التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠؟ وما المستندات الفقهية لهذه المستجدات؟ وما المقاصد التي حققها القانون من خلال هذه المستجدات؟ وما المذاهب الفقهية التي ينبغي على القاضي الرجوع إليها لفهم المواد المعدلة؟

أهمية الدراسة

تشرح هذه الرسالة المستجدات القانونية في مسائل التفريق القضائي في القانون المشار إليه، وتبين موقف المذاهب الفقهية من المواد المعدلة مع بيان المذهب الذي استند إليه القانون في تعديله موضحة مقاصد التعديل القانوني ومنبهة إلى المذهب الذي يفهم القانون على أساسه ويكون الاجتهاد القضائي مبنيا عليه؛ إذ ينبغي على القاضي الرجوع إلى المذهب الفقهي الذي أخذ منه التعديل لمعرفة الحكم فيما سكت عنه القانون فيما يتعلق بالمادة المعدلة كما تشير إلى ذلك المواد القانونية، ومن هذه المسائل المستجدة رد الزوجة للهدايا التي قدمها الزوج لها إذا طلبت الافتداء قبل الدخول، وإناطة تقدير النفقات التي تكبدها الزوج لغاية الزواج بالحكمين، وقبول النكول سببا ثبوتيا لدعوى التفريق للإعسار عن دفع المهر قبل الدخول والتفريق بين الامتناع عن دفع النفقة والإعسار بها في بابين مختلفين للتفريق والنص على التفريق للعقم والايلاء والظهار والردة وإباء الإسلام في مواد نص عليها القانون بعد أن كان يرجع في معظم المسائل المذكورة إلى المذهب الحنفي، والقناعة بوجود الشقاق والنزاع من خلال التحقق حال أن الزوجة هي المدعية، وقبول الشهادة على التسامع في حال أن الزوج هو المدعي، واعتماد البينة

العلمية سببا لرد دعوى اللعان وتغيير وصف الفرقة من طلاق إلى فسخ، وغير ذلك من الأحكام التي سيتعرض لها الباحث.

منهجية البحث

سيعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي في هذه الرسالة بتتبع أصل كل مستجد في مظانه ثم تحليله وبيان دليله ورجحانه من عدمه.

أهداف الرسالة

١- رصد المستجدات في قانون الأحوال الشخصية في مسائل التفريق القضائي

٢- عرض المستندات الفقهية وآراء الفقهاء في المواد المعدلة

٣- بيان المقاصد والحكم الشرعية التي تغياها المشرع من خلال هذه التعديلات

الدراسات السابقة

١- محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، الشيخ علي الخفيف، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٨.

٢- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ)، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

٣- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني لأستاذي الدكتور محمود علي السرطاوي، دار الفكر، ط٣ ٢٠١٠، ١٤٣١.

٤- الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، لأستاذي الدكتور عمر سليمان الأشقر رحمه ا تعالى، دار النفائس ط١ ١٩٩٧.

٥- فسخ النكاح والقضايا المتعلقة به، هارون دين، مطبعة وطن ماليزيا ١٩٨٣.

٦- التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي لعلي حسين الجنيدي، دار صادر٢٠١٠.

٧- نظرية التفريق القضائي بين الزوجين لأشرف يحيى العمري، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية كلية الدراسات العليا ٢٠٠٥.

٨- شرح قانون الأحوال الشخصية لعثمان التكروري، دار الثقافة الإصدار الرابع ٢٠٠٩.

٩- دعوى الخلع القضائي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، هالة طالب محمود أبو عامر، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا ٢٠٠٨.

١٠- القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، أحمد محمد علي الداود، دار الثقافة، ط٣ عام ٢٠١١.

١١- الأحوال الشخصية، أحمد محمد علي داود، دار الثقافة، ط١، ٢٠٠٩.

١٢- أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ذياب القاضي الدكتور زياد صبحي ذياب، ط١ ١٩٩٥.

وإنما كانت هذه الدراسـات تتعرض لأحكام التفريق القضائـي والية السيـر في الدعوى عموما، وشـأن هذه الرسالة بيان ما استجد من أحكـام في هذا الباب مع إرجاعـه إلى مصدره الفقهي ودليله الشرعي، وبيان الحكـم فيما سكت عنه القانون ورأي الباحث فـي هـذه المسائل.

الفصل التمهيدي

المبحث الأول: التفريق القضائي لغة واصطلاحا

المطلب الأول: التفريق لغة

المطلب الثاني: التفريق اصطلاحا

المطلب الثالث: القضاء لغة

المطلب الرابع: القضاء اصطلاحا

المطلب الخامس: التفريق القضائي باعتباره مركبا اصطلاحيا

المبحث الثاني: مشروعية التفريق القضائي الزوجين وصفة هذه الفرقة

الفصل التمهيدي

المبحث الأول

التفريق القضائي لغة واصطلاحا

التفريق القضائي مصطلح مركب من كلمتين التفريق والقضائي،وسأعرض المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل لفظ على حدة ثم المعنى عند التركيب.

المطلب الأول: التفريق لغة

الفَرقُ: خِلَافُ الْجمعِ، فَرقه يفْرقُه فَرقاً وفَرقه، وقِيلَ: فَرقَ لِلصلَاح فَرقاً، وفَرق للإِفساد تَفْرِيقاً، وانْفَرقَ الشيء وتَفَرق وافْتَرق[(١)] وفرق بين الشيئين فرقا فصل وميز أحدهما من الآخر[(٢)].

المطلب الثاني: التفريق اصطلاحا

يطلق التفريق في اصطلاح الفقهاء على الطريقة التي يتم بها إنهاء رابطة الزواج وانحلال عقدة النكاح[(٣)] وهي تتمثل بأحد الطرق الآتية:

١- الطلاق

٢- الفسخ

٣- الوفاة

---

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، لسان العرب، ج١٠ ص ٢٩٩، دار صادر – بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ

(٢) مجموعة مؤلفين، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، المعجم الوسيط، ج٢ ص٦٨٥، مجمع اللغة العربية دار الدعوة.

(٣) الخفيف، الشيخ علي الخفيف، محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ،الشيخ علي الخفيف، معهد الدراسات العربية العالية، ص ١، ١٩٥٨.

فانحلال رابطة الزوجين إنما يكون بهذه الطرق، والطلاق عند الحنفية (رفْع قَيدِ النكاح فِي الْحال أَو الْمآل بِلَفْظٍ مخْصوص)،[١] وعند المالكية (إزالةُ عِصمةِ الزوجةِ بِصريح لَفْظٍ أَو كِنَايةٍ ظَاهِرةٍ أَو بِلَفْظٍ ما مع نِيةٍ)[٢]، وعند الشافعية (حل عقْدِ النكاحِ بِلَفْظِ الطلَاقِ ونَحوِهِ)[٣]، وعند الحنابلة حِل قَيدِ النكاح[٤].

أما الفسخ فهو حل ارتباط عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه أو بسبب طارئ طرأ يمنع بقاءه.[٥]

المطلب الثالث: القضاء لغة

القضاء لغة هو الْحكْم، والْجمع (الْأَقْضِيةُ) و(الْقَضِيةُ) مِثْلُه والْجمع (الْقَضايا). و(قَضى) يقْضِي بِالْكَسرِ (قَضاء) أَي حكَم ومِنْه قَولُه تَعالَى: {وقَضى ربك أَلا تَعبدوا إِلا إِياه} [الإسراء: ٢٣] [٦]. ومن معانية الحكم والأداء[٧].

---

(١) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الـدر المختـار، ج ٣ ص٢٢٦-٢٢٧، دار الفكـر – بيـروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

(٢) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد الدردير (المتوفى ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة الدسوقي (المتوفى ١٢٣٠هـ)، ج ٤، ص٤٥٥، دار الفكر.

(٣) الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج ، ج ٤ ص ٤٥٥، دار الكتب العلمية ط١ ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

(٤) ابن قدامة، أبو محمد عبد ا بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، المغني،ج٧ ص٣٦٣، مكتبة القاهرة تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م

(٥) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، ج ١ ص ٢٧٨، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م وابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، ص ٢٩٢، خرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م وخلاف، عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص ١٧٢ مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

(٦) الرازي، زين الدين أبو عبد ا محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، ص ٥٥، بتحقيق يوسف الشيخ محمد الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م

(٧) مجموعة مؤلفين، المعجم الوسيط، ج٢، ص٧٤٣

المطلب الرابع: القضاء اصطلاحا

واصطلاحا عند الحنفية فَصلُ الْخُصوماتِ وقَطْع الْمنَازعاتِ على وجه خاص،[١] وعند المالكية هو حكْم حاكِمٍ أَو محكمٍ بِأَمرٍ ثَبتَ عِنْده؛ كَدينٍ، وحبسٍ، وقَتْلٍ، وجرحٍ، وضربٍ، وسب، وتَركِ صلَاةٍ ونَحوِها، وقَذْفٍ، وشُربٍ، وزِنًا، وسرِقَةٍ، وغَصبٍ، وعدالَةٍ وضِدها، وذُكُورةٍ، وأُنُوثَةٍ، وموتٍ، وحياةٍ، وجنُونٍ، وعقْلٍ، وسفَهٍ، ورشَدٍ، وصِغَرٍ، وكِبرٍ، ونِكاحٍ، وطَلَاقٍ، ونَحوِ ذَلِك؛ لِيرتِب علَى ما ثَبتَ عِنْده مقْتَضاه أَو حكْمه بِذَلِك الْمقْتَضى[٢] وعند الشافعية فصل الْخُصومةُ بين خَصمين فَأَكْثَر بِحكْمِ اللهِ تَعالَى،[٣] وعند الحنابلة الْإِلْزام بِالْحكْمِ الشرعِي وفَصلُ الْخُصوماتِ[٤].

المطلب الخامس: التفريق القضائي باعتباره مركبا اصطلاحيا

تبين مما سبق أن التفريق بين الزوجين مطلقا يعني ما تنتهي به العلاقة الزوجية إما بإرادة الزوج، كأن يطلق الزوج بإرادته، أو بحكم القاضي ويكون تفريق القاضي فسخا أو طلاقا، أو بحكم الشرع بأن يتوفى أحد الزوجين[٥].

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٥ ص ٣٥٢،

(٢) الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمذْهبِ الْإِمامِ مالِكٍ)ج٤ ص ١٨٦، دار المعارف.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٦ص ٢٥٧.

(٤) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، كشاف القناع على متن الإقناع، ج ٦ص٢٨٥ دار الكتب العلمية.

(٥) الجنيدي، علي حسين الجنيدي، التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ص١٥، دار صادر٢٠١٠.

ولم يفرد الفقهاء السابقون لمصطلح التفريق تعريفا خاصا به معتمدين في ذلك على المفهوم العام للتفريق ومن هنا فقد عمد بعض الباحثين المعاصرين إلى وضع تعريف محدد وقد وجت أن من أنسب هذه التعريفات (حل القاضي أو من يقوم مقامه عقدة النكاح حالا أو مالا لسبب يقتضي الحل، أو تقرير ثبوت انحلالها)[1].

---

(١) العمري، أشرف يحيى العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، ص١٣، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا ٢٠٠٥.

المبحث الثاني

مشروعية تفريق القاضي بين الزوجين وصفة هذه الفرقة

المطلب الأول: مشروعية التفريق القضائي

الأصل أن النكاح عقد لازم، وحقوق الزوجين فيه محترمة، وملك الزوج فيه معصوم، قال تعالى (يا أيها الذِين آمنُوا أوفُوا بِالْعقُودِ) (المائدة: ١) وقد خص ورب العالمين عقد الزواج بصفة العهد الوثيق قال تعالى (وَأَخَذْن مِنْكُم مِيثَاقًا غَلِيظًا) (النساء: ٢١)، وحتى تبقى هذه الحقوق محترمة وهذا العقد قائما، فلا بد لصاحبها من الالتزام بشروط استمرارية هذا العقد، وعدم مضارة أي من الزوجين بالآخر، ومن أعظم هذه الشروط الإمساك بإحسان قال تعالى (الطلَاقُ مرتَان فَإمساك بِمعروفٍ أو تَسريح بِإِحسانٍ) البقرة ٢٢٩، والالتزام بالواجبات المترتبة على كليهما ،فإذا أخل أحد الزوجين بهذه المنظومة، وأحل المضارة والظلم مكان الإحسان والمودة والرحمة، كإيذاء حسي أو معنوي أو غياب وهجر أو امتناع عن أداء الحقوق والواجبات أو ردة أو إباء دخول في الإسلام، فما عاد عقد الزواج محققا لمقصوده، أو وجد ما يلغي مقصد هذا العقد من سكينة وإنشاء أسرة من مرض أو سجن أو إعسار لا يستطاع معه أداء الواجبات المالية فما عاد السكن واللباس المذكور في قوله تعالى **(**هن لِباس لَكُم وأَنْتُم لِباس لَهن) البقرة ١٨٧ موجودا في حياة الزوجين، وتظلم أحد الزوجين للقاضي طالبا رفع الظلم عنه بالتفريق بينه وبين زوجه، فللحاكم حيئذ بما أعطي من صلاحية فصل الخصومات وقطع المنازعات، والإلزام بحكم ا ، الفصل بين الزوجين بالتفريق بينهما، وللحاكم طريقان للتفريق الأول أن ينوب حكما

عن الزوج بإيقاع الطلاق جبرا وإن لم يرض الزوج، أو بفسخ هذا العقد بما أعطي القاضي من سلطة بموجب الولاية العامة[١].

المطلب الثاني: التكييف الشرعي للتفريق بين الزوجين

وضع السادة الفقهاء ضوابط مختلفة لتكييف الفرقة التي يوقعها القاضي فسخا أو طلاقا، وعليه اختلفت المذاهب في وصف هذه الفرقة.

أما الحنفية فالضابط عندهم أن الفرقة إن كانت من قبل الزوجة كانت فسخا، وكذلك إن كانت من قبل الزوج ويمكن أن تكون من قبل الزوجة، لأن الفرقة من قبلها لا تصح طلاقا حيث إنها لا تملكه فتكون فسخا ،وإن كانت الفرقة من قبل الزوج ولا يمكن أن تكون من قبل الزوجة كانت طلاقا؛ لأن الزوج هو الذي يلي الطلاق والتفريق من قبله فيكون التفريق طلاقا[٢].

---

(١) والباحث في هذه المسألة يتعرض للتفريق القضائي بطلب أحد الزوجين لا بالمسائل التي بها حق عام شرعي فلا يدخل في مسألتنا التفريق لحرمة المصاهرة أو بطلان الزواج أو لبينونة الزوجة أو ما شابه، وإنما ما أورده القانون تحت باب التفريق القضائي وانظر السلطة التي أعطاها الشارع للقاضي للسبب المذكور عند الموصلي، عبد ا بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ص١١٥، مطبعة الحلبي – القاهرة ١٩٣٧ وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٥ ص ٣٥٢، القرطبي، أبو عبد ا محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي ج٣ ص ١٥٥، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م والشربيني، مغني المحتاج، ج ٦، ص٢٥٧ والبهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص ٢٨٥، والعمري، نظرية التفريق القضائي، ١٧ إلى ٢٩.

(٢) الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٢ص ٣٣٦ دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م و ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣ ص٧٠- ٧١ وهذا الضابط له استثناءات عند الحنفية مثاله في إباء الإسلام والردة وسيتعرض الباحث لهما في المباحث المقبلة.

أما المالكية فيفرقون بين نوعين من التفريق الأول في العقود التي لا يصح بقاؤها كنكاح المحرمة بالرضاع فالتفريق في هذه الحالة فسخ، أما التفريق الذي يطلبه أحد الزوجين كالتفريق للعيب دون إشكال في نفس العقد ويحكم به القاضي فهو طلاق(١).

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن تفريق القاضي يكون فسخا، معللين رأيهم بأنها فرقة لم ينطق بها الزوج لا صراحة ولا كناية، ولم يردها بل لا يستطيع دفعها عنه، والطلاق إنما يكون من الزوج وهو لم يرض هذه الفرقة ولم ينطقها صراحة أو كناية، وعليه لا تكون طلاقا بل فسخا(٢).

قال الشافعي (وفُرقَةُ الْمرأَةِ بِغَير تَملِيكِ الزوجِ إياها لَا تَكُون إلا فَسخَ عقْدِةِ النكاحِ ؛لِأَن الطلَاقَ الذِي جعلَه الله تَعالَى ثَلَاثًا لَا تَحِل النساء بعده إلا بِزوجٍ وهو إلَى الرجال لَا إلَى النساءِ)(٣)

والفرق بين تفريق القاضي فسخا وطلاقا يكون فيما يلي:

الفرق الأول من حيث عدد الطلقات، فعندما يوقع القاضي الفرقة بين الزوجين بطلقة، فإن هذا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، بينما الفسخ لا يعتبر طلقة بل هو نقض للعقد وبذا لا ينقص عدد الطلقات.

والفرق الثاني من حيث الرجعة، فالفسخ نقض للعقد، فلا يحق للرجل أن يرجع زوجته إلى عصمته بالعقد المنقوض، بل له أن يعقد عليها عقدا جديدا، بينما الطلاق فمنه ما هو رجعي لا ينقض العقد بل يحق للرجل أن يرجع زوجته بالقول أو الفعل وتعتبر المراة على ذمته طالما

---

(١) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٣، ص٩٢، دار الحديث – القاهرة تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م

(٢) الإمام الشافعي، أبو عبد ا محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، الأم، ج٥، ص ١٢٨، المعرفة – بيروت، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م أنظر ابن قدامة ، المغني ، ج ٧-١٥٢ وص١٩٣وص ١٩٨وص٣٢٩

(٣) الإمام الشافعي، الأم، ج ٥، ص ١٢٨

هي في عدتها، وطلاق بائن ينهي الحياة الزوجية بين الزوجين، فإن كان بائنا بينونة كبرى نفي الحل والملك ،وإن كان بائنا بينونة صغرى نفى الملك دون الحل .

والفرق الثالث من حيث المهر فنشير قبل التعرض لهذا الفرق ان الفسخ ينقسم بالنسبة للعقد إلى نوعين، فسخ ينقض العقد من أصله كفسخ عقد الزواج إذا زوج ناقص الأهلية نفسه أو بخيار البلوغ، وفسخ لا يعد نقضا للعقد من أصله وإنما يطرأ عليه فيمنع بقاءه واستمراره، كالفسخ لإباء الإسلام والفسخ للعان.

فإن كان الفسخ ناقضا للعقد من أصله لا يجب شي من المهر ما لم يتأكد بأحد مؤكداته، أما الفسخ الذي لا يعد نقضا للعقد من أصله فإن المهر واستحقاقه يختلف فيه باختلاف سبب التفريق، فإن كان من الزوجة لم تستحق شيئا من المهر وإن كان من الزوج استحقت الزوجة مهرها.

أما الطلاق فإن وقع الطلاق بعد الخلوة والدخول وجب للزوجة مهرها ،وإن كان قبل الخلوة والدخول وجب لها نصف المهر أما الفسخ فيختلف بنوعية [(١)].

رأي الباحث

يرى الباحث أنه وبالرجوع إلى نصوص الكتاب والسنة نجد الشارع الكريم حصر المخاطبة في آيات الطلاق بالزوج قال تعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النساء فَبَلَغْنَ أَجَلَهن فَأَمسِكُوهن بِمعروفٍ أَو سرحوهن بِمعروفٍ ولَا تُمسِكُوهن ضِرارا لِتَعتَدوا) (البقرة: ٢٣١).

---

(١) أنظر الإمام الشافعي، الأم، ج ٥، ص ١٩٩ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين ج ٣، ص ٧٠ خلاف، عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

السرطاوي، شيخنا الدكتور محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٧٢، دار الفكر، ط٣ ١٤٣١،٢٠١٠ ودين، هارون دين، فسخ النكاح والقضايا المتعلقة به، ص ١٩، مطبعة وطن ماليزيا ١٩٨٣.

وقوله تعالى (لَا جنَاح علَيكُم إِن طَلَقْتُم النساء ما لَم تَمسوهن أَو تَفْرِضوا لَهن فَرِيضةً ومتعوهن علَى الْموسِعِ قَدره وعلَى الْمقْتِرِ قَدره متَاعا بِالْمعروفِ حقا علَى الْمحسِنِين) (البقرة: ٢٣٦).

قال تعالى (يا أَيها النبِي إِذَا طَلَقْتُم النساء فَطَلِّقُوهن لِعِدتِهِن) الطلاق ١، وكذا قوله صلى ا عليه وسلم (إنما الطلَاقُ لِمن أَخَذَ بِالساق)[١]

ويظهر من خلال ما سبق أن الطلاق في حقيقته سلطة سلمها الشارع للرجل ليباشرها عند حاجتها وأوانها ويصدر بإرادته المنفردة، وليس لغيره أن يسلبه هذا الحق، وعليه فكل فرقة لم تصدر من الزوج صراحة أو ضمنا لا يمكن اعتبارها طلاقا إلا بنص[٢].

أضف إلى ذلك أن الطلاق كما هو ثابت إذا وقع بعد الدخول يقع رجعيا مما يعطي الزوج حق المراجعة أثناء العدة، فما وجاهة أن يعتبره القانون بائنا ولا يرد أنه لا بد من بينونة التفريق لرفع المضارة من الرجعة المتوقعة، إذ الفسخ يرفع هذه المفسدة المتوقعة دون أن يجلب المفسدة الواقعة بكون الفرقة طلاقا، كما أن اعتبار الفرقة طلاقا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج في حال مراجعته لزوجته دون أن يقوم هو بإنقاصها[٣].

وسيظهر من خلال المباحث المقبلة أن القانون توجه إلى تغيير وصف التفريق في معظم أبواب التفريق من طلاق إلى فسخ جاء في المذكرة التي وزعتها دائرة قاضي القضاة مبينة بها أبرز المحاور في القانون الجديد أنه حفاظا على الأسرة، وسعيا للإبقاء عليها وتيسيرا على

---

(١) أخرجه ابن ماجة، ابن ماجة أبو عبد ا محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجة، فيما رواه عن ابن عباس رضي ا عنهما، باب طلاق العبد حديث رقم ٢٠٨١ ج ١، ص٦٧٢ محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.

(٢) دين، فسخ النكاح، ص ٢٥-٢٦-٢٧

(٣) الأشقر، شيخنا الدكتور عمر سليمان الأشقر رحمه ا تعالى، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص ٢٣٤ -٢٣٥ دار النفائس ط١ ١٩٩٧

الأزواج فقد توجه المشرع إلى اعتبار معظم أنواع التفريق بين الزوجين من باب الفسخ لا من باب الطلاق لما في ذلك من آثار ايجابية تتمثل في عدم نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وبذلك يبقى الباب مفتوحا أمام الزوجين إن رغبا في إعادة الحياة الزوجية بمهر وعقد جديدين[١]، ويرى الباحث رجاحة ما ذهب إليه القانون من تغييره لوصف الفرقة من طلاق إلى فسخ في غير واحد من صور التفريق المذكورة سابقا، والأجدى أن يغير وصف كل أبواب التفرق من طلاق إلى فسخ ما لم يكن في المسألة نص وا   أعلم.

(١) أنظر المذكرة التي احتوت أبرز محاور هذا القانون والتي نشرتها دائرة قاضي القضاة على موقعها الرسمي www.sjd.gov.jo

الفصل الثاني

مستجدات التفريق للافتداء، والإعسار عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه، وعدم الإنفاق

تمهيد

المبحث الأول: التفريق للافتداء

المطلب الأول: الافتداء لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المطلب الثالث: مستجد رد الهدايا

الفرع الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

الفرع الثاني: مستند القانون في هذه المستجد

المطلب الرابع: مستجد تقدير الحكمين للنفقات

الفرع الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

الفرع الثاني: مستند القانون في هذه المستجد

المطلب الخامس: المستجد الثالث حذف النص على الخلع القضائي

المطلب السادس: تغيير وصف الفرقة من طلاق إلى فسخ

المبحث الثاني: مستجدات التفريق للعجز عن دفع المهر

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المطلب الثاني: مستند القانون في المسائل المستجدة

المبحث الثالث: مستجدات التفريق لعدم الإنفاق

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين في هذه المسألة

المطلب الثاني: مستند القانون في المستجد

الفصل الثاني

مستجدات التفريق للافتداء، والإعسار عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه، وعدم الإنفاق

تمهيد

يترتب على عقد الزواج حقوق وواجبات ،ومن حقوق الزوجة على زوجها والناشئة عن عقد الزواج حقها في المهر والنفقة والتي يقابلها حق الطاعة والانتقال إلى بيت الزوجية، فإذا قصر الزوج بواجباته الناشئة عن العقد أصبح من حق الزوجة طلب فسخ هذا العقد لعدم التزام الطرف الآخر بواجباته ،ومن حق الطرفين أن يتراضيا على الانفصال علـى مقابل رد المهـر أو على مبلغ من المال يريانه ومن هذا المنطلق كان التفريق لعدم دفع المهـر والنفقة والافتـداء، مع أن المشرع في مسألة الافتداء نهج منهج التفريق جبرا وإن لم يرض الزوج كما سيبين الباحث.

وسأتناول فـي هذا الفصل المستجـدات التي تجمعها الحقـوق المالية، ويتمثـل هـذا بثلاث أمور (الافتداء، والإعسـار عـن دفع المهـر، وعـدم دفع النفقـة)، حيث استجـدت في قانون الأحـوال الشخصيـة أحكـام جديدة تتعلق بهذه القضايا الثلاث وسأعرضها على النحو الآتي:

المبحث الأول

التفريق للافتداء

المطلب الأول: الافتداء لغة واصطلاحا

الافتداء لغة من فدى فداء استنقذه بِمال أَو غَيره فخلصه مِما كَانَ فِيهِ[(١)]

أما اصطلاحا فهذا العنوان استجد في القانون الجديد رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ في باب التفريق والموضوع من حيث المسمى هو ذاته ما كان سابقا تحت اسم التفريق للخلع القضائي، ولكن المشرع استخدم اللفظ القرآني للخلع الوارد في قوله تعالى: (فَإِن خِفْتُم أَلا يقِيما حدود اللهِ فَلَا جنَاح علَيهما فِيما افْتَدتْ بِهِ تِلْك حدود اللهِ فَلَا تَعتَدوها ومن يتَعد حدود اللهِ فَأُولَئِك هم الظَّالِمون) (البقرة: ٢٢٩).

والخلع عند الحنفية وهو أَن تَفْتَدِي الْمرأَةُ نَفْسها بِمالٍ لِيخْلَعها بِهِ، فَإِذَا فَعلَا لَزِمها الْمالُ ووقَعتْ تَطْلِيقَةٌ بائِنَةٌ[(٢)] وعند المالكية طلاق بعوض[(٣)] وعند الشافعية هو الْفُرقَةُ بِعِوضٍ يأْخُذُه

---

(١) الرازي، زين الدين أبو عبد ا محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، ج٢ ص٦٢٢
بتحقيق يوسف الشيخ محمد الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م

(٢) الموصلي، عبد ا بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليل المختار ج٣، ص ١٥٦، مطبعة الحلبي – القاهرة ١٩٣٧.

(٣) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد الدردير (المتوفى ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة الدسوقي (المتوفى ١٢٣٠هـ)، ج٢، ص ٣٤٧، دار الفكر

الزوج[١] وعند الحنابلة هو فِراقُ الزوجِ امرأَتَه بِعِوضٍ يأْخُذُه الزوج مِن امرأَتِهِ أَو غَيرها بِأَلْفَاظٍ مخْصوصةٍ[٢].

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن الخلع المذكور في المذاهب الأربعة لا يتطابق من حيث الماهية مع الافتداء بصورته المنصوص عليها في القانون، وإنما المذكور عند المذاهب الأربعة هو الخلع الرضائي أو الطلاق على مال برضا الزوجين، وليس التفريق على مال بأمر القاضي وإن أبى الزوج.[٣]

المطلب الثاني: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

أورد تاليا نص المادة الجديدة: التفريق للافتداء.

المادة ١١٤ [٤]:

أ- إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول، و أودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج، وامتنع الزوج عن ذلك بذلت المحكمة جهدها في الصلح بينهما، فإن لم يصطلحا أحالت الأمر إلى حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثين يوماً فإذا لم يتم الصلح :-

---

(١) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين،ج٧ ص ٣٧٤، تحقيق زهير الشاويش المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م

(٢) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، كشاف القناع على متن الإقناع ج٥ ص ٢١٢، دار الكتب العلمية.

(٣) حيث إن الخلع عند المذاهب الأربعة عقد رضائي بين الزوجين ولا يكون جبرا عن الزوج أنظر ابن عابدين حاشية ابن عابدين ج٣، ص ٤٣٩-٤٤٠ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٢، ص٣٤٧، والنووي، روضة الطالبين، ج٧، ص٣٧٥، ابن قدامة المغني، ج ٧، ص ٢٢٣-٢٢٤.

(٤) أنظر قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والمنشور في الجريدة الرسمية تاريخ ١٧-١٠-٢٠١٠

١- تحكم المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين بعد إعادة ما قبضته الزوجة من المهر وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج.

٢- إذا اختلف الزوجان في مقدار نفقات الزواج والهدايا، جعل تقدير ذلك إلى الحكمين.

ب- إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها، وبينت بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة معه، وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تقيم حدود ا بسبب هذا البغض، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية، وردت عليه الصداق الذي استلمته، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين، فان لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما، فان لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما.

أما نص المادة رقم ١٢٦ في القانون السابق[1].

ج- للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمته من مهرها وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج وللزوج الخيار بين أخذها عينا أو نقدا، وإذا امتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان إعادة المهر والنفقات.

د- للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فان لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود ا بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وخالعت زوجها وردت عليه

---

(١) أنظر الفقرتين (ب،ج) اللتين أضيفتا إلى القانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦ والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١-١٢-١٩٧٦ وإضافة المادتين بموجب القانون المعدل المؤقت رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١

الصداق الذي استلمته منه حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فان لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما فان لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائنا.

وبدراسة نصوص مادة التفريق للافتداء الحالية والسابقة نجد أن القانون استجد فيه المسائل التالية:

١- النص على رد الهدايا في حال أن الافتداء قبل الدخول والخلوة.

٢- إناطة تقدير النفقات بالحكمين.

٣- وإسقاط عبارة الخلع الرضائي.

٤- واعتبار الفرقة بين الزوجين فسخا في حالتيها قبل الخلوة والدخول أو بعدها.

المطلب الثالث: مستجد رد الهدايا

الفرع الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين في هذه المسألة

نص القانون على أن الزوجة إذا طلبت التفريق للافتداء قبل الخلوة والدخول فيجب عليها أن ترد ما قبضته من مهرها، وما أخذته من هدايا، وما أنفقه الزوج من أجل الزواج، فاستجد أن القانون قد نص على رد الهدايا، بينما كان النص في القانون السابق كما يلي (للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمته من مهرها وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج، وللزوج الخيار بين أخذها عينا أو نقدا، وإذا امتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان إعادة المهر والنفقات)[١].

---

(١) أنظر المادة ١٢٦ فقرة ب من قانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦

فمسألة الهدايا لم ينص عليها في القانون السابق، واختلفت الاجتهادات في مسألة الهدايا هل تدخل تحت نص المادة فتكون الزوجة مطالبة بالهدايا ؛ حيث إن النص القانوني السابق جاء فيه (ما تكلفه الزوج من نفقات) وهذه العبارة تشمل الهدايا ، خاصة وأن القانون قد خير الزوج بين أخذها نقدا أو عينا ،فهذا متجه نحو الهدايا.

والرأي الآخر أن النص القانوني لا يشمل الهدايا وإنما محصور فيما أنفقه الزوج من أجل الزواج وهذا لا يشمل الهدية.(١)

ويجد الباحث أن القانون قد قطع الإشكال وحقق العدالة في النص على الهدايا؛ فضرر الزوج من خسارة الهدايا كضرره من خسارة ما تكبده من نفقات، والنص على الهدايا يرفع هذا الضرر.

الفرع الثاني: مستند القانون في هذا المستجد ودليله

إن أقرب ما يمكن أن يقاس عليه هذا المستجد هو رد المخطوبة لهدايا الخاطب إن عدلت عن الزواج وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة.

وفرق الحنفية بين القائم من الهدايا والمستهلك، أما القائم فيرد، وأما المستهلك فلا؛ لأن استهلاك الهبة مانع من الرجوع بها عند الحنفية.

أما الشافعية والحنابلة فالرأي عندهم أن الخاطب يرجع على المخطوبة بالهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، فإن كانت قائمة رجع بها وإن تلفت فيرجع بقيمتها.

واستدلت المذاهب السابقة على رجوع الخاطب على المخطوبة بالهدايا، بأن الخاطب عندما قدم هذه الهدايا إنما قدمها لغاية وهي الزواج فأشبهت الهدية المشروطة، وليست هدية

---

(١) أنظر التكروري، عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٢٢٠ دار الثقافة ط١ الإصدار الرابع ٢٠٠٩ وأبو عامر، هالة طالب محمود أبو عامر، دعوى الخلع القضائي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، ص ١٣٥، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله نوقشت في الجامعة الأردنية في ٢٠٠٨.

مطلقة، فهي هدية أديت رجاء المعاوضة والعوض لم يسلم وهو الزواج،وبما أن الزواج لم يتم كان للزوج الرجوع في الهدية.[١]

ولا يرد على ما سبق أن هذا رجوع في الهدية ،وهو غير جائز لحديث النبي صلى ا عليه وسلم (الْعائِد ِفي هِبتِهِ كَالْكَلْبِ، يقِيء ثُم يعود ِفي قَيئِهِ)[٢]، فالحديث الشريف متعلق بالهدية المطلقة وليس الهدية المشروطة أو المقصود بها المعاوضة، فالهدية قد يكون المقصود منها الإحسان، وقد يكون المقصود المجازاة حسب العرف والعادة، وفوات المقصود من عدم الإحسان من المهدى إليه يمنع لزوم العقد لأنه يمنع الرضا.

وقد ذكر الفقهاء طرقا أخرى لفهم الحديث، منها أن الحديث محمول على الرجوع في الهدية دون قضاء أو رضاء ،ومتعلق بمكارم الأخلاق.[٣]

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٣، ص١٥٣ والجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب للأنصاري المعروف بحاشية الجمل ج ٤، ص ١٢٩دار الفكر والرحيباني، الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ج٤، ص٣٨٣ الناشر: المكتب الإسلامي الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، أما المالكية فينصون أنه ليس للخاطب الرجوع بالهدايا على المخطوبة أنظر الحطاب، شمس الدين أبو عبد ا محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج٣، ص٤١٧، دار الفكر،ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

(٢) أخرجه النسائي في السنن الكبرى فيما يرويه عن ابن عباس رضي ا عنهما بالفاظ مختلفة أنظر النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ) السنن الكبرى، حديث رقم ٦٤٨٦، ج٦، ص ١٧٩، كتاب الهبة تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.

(٣) أنظر الكاساني، بدائع الصنائع ، ج٦ ص ١٢٨

رأي الباحث

ويرى الباحث أن الحديث الشريف متعلق بالهدية المطلقة كما سبق ذكره، ويؤكد هذا أن المذاهب التي منعت الرجوع في الهدية بناء على هذا الحديث أجازت رجوع الخاطب على المخطوبة بالهدايا إن عدلت.

وعودة على اعتماد مسألة هدايا الخاطب كأصل ألحق حكمه على هدايا الزوج إن افتدت زوجته نفسها منه، يجد الباحث أن القياس صحيح وإن كانت هدايا الخاطب قبل العقد والحالة المذكورة في القانون بعد العقد، إذ العلة التي ذكرها الفقهاء في رد هدايا الخاطب متحققة في هدايا العاقد في هذه الحالة، فالخاطب قدم الهدايا لغاية الزواج وهو ما لم يتم، وكذا الزوج قدم الهدايا لغاية الزفاف وهو ما لم يتم، فالعلة واحدة وهي أن الهدية قدمت لعوض وهو ما لم يتم، فلما سقط المقصود سقطت وسيلته معه، إذ الوسائل تسقط بسقوط مقاصدها.

المطلب الثاني: المستجد الثاني (تقدير الحكمين للنفقات)

الفرع الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين في هذه المسألة

نص القانون الجديد أنه إذا اختلف الزوجان في مقدار نفقات الزواج والهدايا جعل تقدير ذلك إلى الحكمين.

أما القانون السابق فلم ينص في مادة التفريق على جزئية اختلاف الزوجين في النفقات وإنما كان العمل في هذه الحالة وفق المادة ٨٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ونصها(إذا لم يتفق الطرفان على انتخاب أهل الخبرة في الأمور التي تحتاج إلى الإخبار كتعيين مقدار النفقة

وأجر المثل أو كان المدعى عليه غائباً، تعين المحكمة أهل الخبرة ويعمل برأي الأكثرية، وإذا اتفق الحاضن والخصم على قدر النفقة ونحوها فلا يصار إلى الاخبار)[١].

ولا بد أن يكون عدد الخبراء وترا وفق ما نصت المادة حتى يمكن العمل برأي الأكثرية[٢]، أما القانون الجديد فأحال مسألة تقدير النفقات والهدايا حال الاختلاف في المقدار إلى الحكمين المنتخبين لموالاة مساعي المصالحة فأضاف إلى مهمتهم تحديد مقدار النفقات أو الهدايا التي قدمها المدعي.

وينبني على هذا المستجد أنه وقبل التحويل إلى الحكمين لا بد أن يسأل القاضي عن المهور والنفقات والهدايا، فإن كان هنالك اختلاف في النفقات والهدايا كلّف الحكمين ببيان مقدارهما ولا يصار إلى انتخاب خبراء كخبرة ملزمة أو قابلة للطعن.

الفرع الثاني: مستند القانون في هذا المستجد

يمكن أن يستدل على ما ذهب إليه القانون بقياس الحكمين في دعوى الافتداء على الحكمين في دعوى الشقاق والنزاع؛ حيث إن الحكمين في دعوى الشقاق والنزاع يوكل إليهما تحديد نسبة الإساءة وما تستحقه الزوجة من مهرها ويفرقان على العوض الذي يريانه مناسبا، فجعل القانون من مهمة الحكمين في دعوى الافتداء مهمة تحديد مقدار النفقات أو الهدايا التي قدمها المدعى عليه للمدعية بدلا من تحويلها إلى الخبراء.

---

(١) المادة ٨٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩ والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد ١٤٤٩ تاريخ ١-١١-١٩٥٩

(٢) أنظر القرارات المصدقة لأحكام خلع قدرت النفقات فيها من خلال خبراء القرار رقم ٦٥١-٢٠٠٣-٥٧٢٤٠ تاريخ ٣٠-٣-٢٠٠٣

وتجدر الإشارة أن الحكمين في دعوى الشقاق والنزاع لا يبحثان مسألة المهور المقبوضة من عدمه بل يردان القضية إلى القاضي ليبت في هذه المسألة ثم يعيدها إلى الحكمين من جديد.

فالزوج يمكن أن يدعى أنه أنفق مبالغ معينة من تكاليف زواج أو هدايا ،فتقر الزوجة ويختلفان في القيمة، فتحال القضية إلى الحكمين لتقدير هذه النفقات، ويمكن أن تنكر الزوجة ادعاء الزوج، أو تدفع أنها ردت الهدايا أو دفعت ثمنها للزوج، أو استلمها بعد إيصالها، أو أن ما أنفقه الزوج من نفقات الزواج كان بناء على رغبته وتجاوز في النفقات الحد المطلوب عرفا، ويدفع الزوج أن الزوجة هي التي اشترطت ذلك.

ونقف هنا أمام فهمين للمادة للتعامل مع الحالات السابقة، الفهم الأول أن مهمة الحكمين بالنسبة للتقدير منحصرة في بيان قيمة ما قدمه الزوج من نفقات وهدايا، ولا علاقة لهما بإثبات هذه النفقات والهدايا أو الدفع بردهم بعد استلامهم، أو بيان أن هذه الهدايا والنفقات متناسبة مع العرف أم لا وبيان إن كانت مشروطة من الزوجة أم قدمها الزوج من تلقاء نفسه، وإنما تفصل هذه المسائل لدى القاضي حسب الأصول ثم تحول إلى الحكمين، فمهمتم منحصرة بتقدير النفقة والهدايا، أما إثبات النفقة والهدايا وجودا وردا أو إثبات الدفع فليس من اختصاصهم، كالشأن في النفقة أو المهر أو التعويض عن الطلاق التعسفي، والفهم الثاني أن مسألة التقدير برمتها من إثبات وبيان قيمة وإثبات الدفع برد الهدايا أو دفع ثمنها للزوج وبيان إن كانت الهدايا والنفقات منسجمة مع العرف وحال الزوجين مناط بالحكمين،حيث إن التقدير يشمل بيان القيمة وإثبات عين النفقة والهدية اختصارا لأدوار المحاكمة.

رأي الباحث

ويجد الباحث أن الفهم الأول هو الأولى بالتطبيق؛ إذ القاضي هو الأقدر على التعامل مع البينات المتعلقة بالهدايا والنفقات إثباتا وردا بعد الإيصال، وهو الأقدر على التحقيق حول تناسب النفقات مع العرف والحال وكونها مشروطة أم لا، وليس من صلاحية الحكمين تحليف اليمين أو تبليغ الشاهد أو إحضاره أو مخاطبة الجهات المختصة بشأن البينات الرسمية وليس من صلاحيتهما السير في إثبات الدفع إذا غابت المدعية، على العكس من نظر الدعوى عند القاضي بشروط السير في دعوى دفع المدعى عليه، كحال من أراد أن يثبت أنه أهدى زوجته هدية باهظة وسار القاضي في الدفع وغابت المدعية وطلب المدعى عليه السير في الدعوى بصفته مدعيا في الدفع فيسير القاضي في الدعوى حسب الأصول إحقاقا للحق، أما الحكمان فليس من صلاحيتهما إلا ما أوكل إليهما في الدعوى الأصلية، والزوج والزوجة في حال نظر هذه المسألة من قبل القاضي قادران على معالجة البينة المقدمة على خلاف قولهما لدى الجهات المختصة كطعن في بينة رسمية أو ادعاء بشهادة كاذبة وهذا كله ينضبط من خلال نظر الدعوى من قبل القاضي، لا من قبل الحكمين خاصة وأن لقرار الحكمين صفة الإلزام فالمحكم صنو القاضي فيما يصدر من حكم إن كان تحكيمه وفق الأصول جاء في المجلة (الْمادةُ (١٨٤٨) - (كما أَن حكْم الْقُضاةِ لَازم الْإِجراءِ فِي حق جمِيعِ الْأَهالِي الذِين فِي داخِل قَضائِهِم كَذَلِك حكْم الْمحكمِين لَازِم الْإِجراءِ علَى الْوجهِ الْمذْكُور فِي حق من حكمهم وفِي الْخُصوص الذِي حكموا بِهِ. فَلِذَلِك لَيس لِأَي واحِدٍ مِن الطرفَين الِامتِنَاع عن قَبول حكْمِ الْمحكمِين بعد حكْمِ الْمحكمِين حكْما موافِقًا لِأُصولِهِ الْمشْروعةِ)[1].

---

(١) حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج٤ ص٧٠١)، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

أما ترجيح الفهم الآخر وهو إناطة الأمر برمته للحكمين ترجيحا لاختصار الوقت وأدوار المحاكمة والرسوم والمصاريف على المدعية، ففيه إهدار لحق المدعى عليه أو المدعية في تحصيل الحق من قبل الجهة المختصة

المطلب الثالث: المستجد الثالث (حذف النص على الخلع القضائي)

حذف القانون الجديد مسألة النص على الخلع الرضائي في حال رفع الدعوى بعد الدخول والخلوة، حيث جاء النص الجديد (إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها، وبينت بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة معه، وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تقيم حدود ا بسبب هذا البغض، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية، وردت عليه الصداق الذي استلمته حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين، فان لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما، فان لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما).

بينما نص القانون السابق على الخلع الرضائي كدور من أدوار المحاكمة ،جاء في القانون السابق المادة ١٢٦ فقرة ج- (للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فان لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها، وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود ا بسبب هذا البغض، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وخالعت زوجها وردت عليه الصداق الذي استلمته منه، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فان لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما، فان لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائنا).

أما القانون الجديد فحذف عبارة لم يتراضيا على الخلع الرضائي، ويمكن أن تفهم المادة الجديدة بفهمين، الأول أنه ينبغي على القاضي عرض الخلع الرضائي، ويفهم ذلك من عرض الصلح والصلح يكون على أمرين البقاء أو الافتراق بالتراضي، والفهم الثاني أن عرض الخلع الرضائي سقط من أدوار المحاكمة بسقوط عبارته.

ويرى الباحث أن هذا الدور لم يسقط ،إذ لا بد منه لصحة الدعوى إذ التقاضي جعل عند ممانعة المدعى عليه من أداء المدعى به، فيطلب المدعى به من القاضي فلو أن الزوج رضي بالخلع الرضائي بطلب زوجته فلم يبق للدعوى سبب لتقوم عليه.

المطلب الرابع: تغيير وصف الفرقة من طلاق إلى فسخ

كان العمل وفق القانون السابق أن تعتبر الفرقة للخلع القضائي بعد الدخول طلاقا بائنا وفقا لمذهب الحنفية بأن الخلع طلاق، وفي الوقت نفسه تعتبر الفرقة بالخلع القضائي قبل الدخول فسخا، وعدل القانون الجديد وصف التفريق بأن اعتبر التفريق للافتداء فسخا قبل الدخول أو الخلوة وبعد الدخول أو الخلوة.

وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية، نجد أن هذا المستجد هو رأي الشافعي في القديم ورواية عن الإمام أحمد باعتبار الخلع فسخا إذ وقع دون تلفظ الزوج بالطلاق[1].

ويستدل أصحاب الرأي السابق بتفسير سيدنا ابن عباس رضي ا عنهما لقوله تعالى (الطلَاقُ مرتَان فَإِمساك بِمعروف أَو تَسرِيح بِإِحسانٍ ولَا يحِل لَكُم أَن تَأْخُذُوا مِما آتَيتُموهن شَيئًا إِلا أَن يخَافَا أَلا يقِيما حدود اللهِ فَإِن خِفْتُم أَلا يقِيما حدود اللهِ فَلَا جنَاح علَيهِما فِيما افْتَدتْ بِهِ تِلْك حدود اللهِ فَلَا تَعتَدوها ومن يتَعد حدود اللهِ فَأُولَئِك هم الظَّالِمون (٢٢٩) فَإِن طَلَّقَها

(١) الإمام النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٧ ص ٣٧٥ ، تحقيق زهير الشاويش المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، وانظر ابن قدامة، المغني، ج ٧ص٣٢٨- ٣٢٩.

فَلَا تَحِلُ لَه مِن بعد حتى تَنْكِحَ زوجا غَيره فَإِن طَلَقَها فَلَا جنَاح عليهما أَن يتَراجعا إِن ظَنا أَن يقيما حدود اللهِ وتِلْك حدود اللهِ يبينُها لِقَومٍ يعلَمون (٢٣٠)) الآيات من سورة البقرة ٢٢٩-٢٣٠

فهذه الآيات الكريمة ذكرت طلاقين ثم افتداء ثم طلاقا، ولو كان الافتداء أو الخلع طلاقا لكان المذكور أربع طلقات وهذا لا يصح في زواج واحد.

والسبب الثاني الذي استدل به أصحاب الرأي السابق أنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، فكانت فسخا[١].

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية عن الإمام احمد والشافعية في الجديد أن الخلع طلاق، واستدلوا على مذهبهم بحديث رسول ا صلى ا عليه وسلم (الخلع تطليقة بائنة)[٢]، وأن الزوجة بذلت العوض للفرقة ،والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، ولأن الزوج لما تلفظ بالمخالعة فقد تلفظ بكناية الطلاق قاصدا إيقاعه فوجب أن يكون طلاقا، واستدل الحنفية إضافة لما سبق أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه وإنما يكون الفسخ في حالات عدم التمام[٣].

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص٣٢٨- ٣٢٩

(٢) الحديث أخرجه البيهقي والدارقطني عن ابن عباس رضي ا عنهما وضعفه البيهقي لأسباب منها مخالفة الرواية لمذهب الراوي وضعف بعض رواته أنظر البيهقي،أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسروجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، باب الخلع، ج٧ ص ٥١٨ حديث رقم ١٤٨٦٥، تحقيق محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م والدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، سنن الدارطقني ،باب الطلاق والخلع، ج ٥، ص٨٣ حديث رقم ٤٠٢٥ تحقيق شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز ا ، أحمد برهوم مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م.

(٣) أنظر السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ المبسوط ج٦، ص ١٧٢، دار المعرفة – بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، والخرشي الخرشي، محمد بن عبد ا الخرشي المالكي أبـو عبد ا (المتوفى: ١١٠١هـ)، شـرح مختصر خليل للخرشـي، ج ٤، ص١٢ دار الفكـر للطباعـة – بيروت، روضـة الطالبين، ج٧، ص ٣٧٥ وابـن قدامـة، المغني، ج ٧، ص٣٢٨- ٣٢٩.

فهناك تشابه بين الخلع المذكور عند الفقهاء من حيث أنه طلاق مقابل مال أكان مهرا أم غير ذلك، ويفترقان من حيث إيقاع القاضي لهذا الطلاق مقابل رد الزوجة ما قبضته وإبرائها مما لم تقبض وإن أبى الزوج وقد سبق بيان رأي الباحث في المسألة.

المبحث الثاني

مستجدات التفريق للعجز عن دفع المهر

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

استجد في قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ في باب التفريق للعجز عن دفع المهر أن أسقط قيدا كان وضعه في القانون السابق وهو ثبوت الدعوى بالإقرار أو البينة حيث جاء في المادة الـمادة ١٣٩- من القانون الجديد (إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج عن دفـع المهـر المعجل كلـه أو بعضه، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج، والقاضي يمهـله شهـراً فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ الزواج بينهما، أما إذا كان الزوج غائباً ولم يعلم له محل إقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه فإن العقد يفسخ دون إمهال).

فالمادة أطلقت العبارة بالإثبات، أما القانون السابق فقد حصر الإثبات بالإقرار والبينة جاء في المادة ١٢٦ (أ- إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج والقاضي يمهله شهرا فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما، أما إذا كان الزوج غائبا ولم يعلم له محل إقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه فانه يفسخ بدون إمهال)[1].

فاستجد في القانون الجديد أن وسع وسائل إثبات إعسار الزوج عن دفع المهر قبل الدخول في الدعوى المذكورة ،حيث كان النص السابق قد حصر الإثبات بالبينة والإقرار، واستقر اجتهاد محكمة الاستئناف أن النص القانوني قد حصر الإثبات بهاتين الوسيلتين.

---

(١) القانون الجديد رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦

وقد جاء في الأسباب الموجبة للقانون القديم (قد يلجأ بعض الأزواج بعد إجراء عقد نكاحه على فتاة إلى تأخير الدخول بها، ودفع مهرها المعجل ثم يمتنع عن الدفع، ويدعي الإعسار لإرهاقها وليحملها أن تدفع له مبلغا كبيرا من المال ليحل عقد النكاح، وفي ذلك ضرر كبير على الزوجات، وبما أنه لا يوجد في مذهب أبي حنيفة ما يعالج هذه الحالة بصورة حاسمة، وبما أن مذهب الشافعية أجاز فسخ عقد الزواج للإعسار عن دفع المهر إذا لم يحصل الدخول بين الزوجين، وبما أن ذلك محقق للمصلحة فقد وضعت المادة ١٢٦ من قانون الأحوال الشخصية)(١).

وبالنسبة للمادة السابقة فقد انقسم الاستئناف في فهم هذه النص إلى فريقين، فريق رأى أن هذا النص حصر الإثبات بالبينة بنوعيها شخصية أو خطية، والإقرار، وأقصى النكول من وسائل الإثبات، وقسم اعتبر النكول مشمولا في المادة ويصح اعتماده في إثبات الدعوى بعد توجيه اليمين إلى المدعية.

ولوجود هذا التضارب في الاجتهادات شكلت محكمة الاستئناف هيئة خماسية، وحسمت هذه الهيئة الأمر بأن النكول ليس من الأسباب الثبوتية لهذه الدعوى، للأسباب التالية، أن المادة حصرت الأسباب الثبوتية بالبينة والإقرار، والبينة نوعان شخصية وخطية، أما الإقرار فهو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر والنكول امتناع المدعى عليه عن حلف اليمين إذا وجهت إليه خشية عاقبتها(٢)، فالنكول لا يدخل تحت الإقرار بل هو وسيلة مستقلة بذاتها، ويختلف النكول عن

---

(١) أنظر الداود، أحمد محمد علي الداود القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ج١، ص ٢٧٧، دار الثقافة، ط٣، عام ٢٠١١.

(٢) وهذا تعريف الإقرار عند الحنفية أما عند المالكية فهو خَبر يوجب حكْم صِدقِهِ على قَائِلِهِ فَقَطْ بِلَفْظِهِ أَو بِلَفْظِ نَائِبِهِ وعند الشافعية إخْبار عن حق ثَابِتٍ على الْمخْبِر وعند الحنابلة (إظْهار مكلفٍ مخْتَارٍ ما عليهِ لَفْظًا) أَي بِلَفْظٍ (أَو كِتَابةً أَو إشَارةً مِن أَخْرس أَو على موكِلِهِ أَو موليهِ أَو على موروثِهِ بِما يمكِن صِدقُه انظر=

الإقرار من أوجه منها الحجية فالإقرار موجب للحق بنفسه والنكول متوقف على قضاء القاضي لدخول الاحتمال عليه لاحتماله البذل واحتماله الإقرار.

ويفترقان من حيث صحة الرجوع عنه، فالإقرار لا رجوع فيه والنكول يصح الرجوع عنه، وحاف اليمين لا يقبل بينة خارج مجلس القاضي وقبل قضائه به، والإقرار يصح في مجلس القضاء وخارج مجلس القضاء، والإقرار يقضى به في جميع الحقوق والنكول لا يقضى به في الحدود وما معناها، فالإقرار والنكول حجتان مختلفتان، وعليه قررت الهيئة الخماسية الرجوع عن جميع القرارات المتعلقة بثبوت هذه الدعوى بالنكول ورد اليمين على المدعية وحصر الإثبات بالإقرار والبينة[(١)].

وحيث إن الأسباب الموجبة نصت أن المذهب الشافعي هو المرجع المعتمد لهذه المادة والذي نص على أن وسائل إثبات هذه الدعوى هما البينة أو الإقرار، ولم يذكر القانون لفظ البينة عبثا فالقانون لا يلغو، بل حصرا لأسباب الثبوت.

المطلب الثاني: مستند القانون في المسألة المستجدة

وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية المجيزة للتفريق للإعسار عن دفع المهر قبل الدخول نجد أن المالكية والشافعية والحنابلة أجازوا التفريق للعجز عن دفع المهر قبل الدخول، مستدلين بأن الزواج عقد معاوضة وعقد المعاوضة يلحقه الفسخ إن حصل الإفلاس بالعوض[(٢)].

=حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج١ ص ٧٧ الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٥ ص ٢١٦و انظر الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٣ص ٢٦٨ البهوتي، كشاف القناع ، ج ٦ص ٤٥٣

(١) القرار رقم ١١١-٢٠٠٥-٦١٦٧٠ تاريخ ٣١-١-٢٠٠٥ أنظر العبد ، المجالس القضائية، ج١، ص٥٥٨.

(٢) الشيرازي، المهذب، ج١٦، ص٣٧٧ وابن قدامة، المغني، ج٧، ص ٢٦١ وهذا الاستدلال للشافعية والحنابلة

وباستعراض شروط التفريق في المذهب الشافعي، نجد أن متأخري المذهب نصوا على حصر ثبوت الإعسار في هذه الدعوى بالبينة أو الإقرار[١]، أما المالكية فيعرضون حال طلب الزوجة للمهر وادعاء الزوج للإعسار، فتسأل الزوجة ولا بد من ثبوت الإعسار بالإقرار أو البينة، فإن كان ذلك أمهل الزوج ليدفع المهر، وإن كان لا يرجى يساره طلق عليه بشروط مذكورة في المذهب[٢]، والحنابلة لم ينصوا على ذلك وبقي الأمر عندهم على أصول مذهبهم والنكول عندهم من الأسباب الثبوتية[٣].

ويرى الباحث أن القانون قد أصاب بحذف هذا القيد على الرغم من ان الشافعية قد نصوا عليه وكذلك المالكية، ولكن الحنابلة أطلقوا المسألة ولم يجد الباحث سببا لهذا الحصر خاصة وأن الشافعية والمالكية يقضون بالنكول مع رد اليمين[٤].

---

(١) أنظر الشربيني، مغني المحتاج ، ج ٥ص١٨١ أما المسألة فوردت مطلقة في المنهاج وكذلك في المهذب ولم يعثر الباحث على سبب هذا الحصر أنظر الشيرزاي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ) المهذب في فقة الإمام الشافعي ج ١٦ص٣٧٧ دار الكتب العلمية

(٢) الدردير ، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢ ص ٢٩٩

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ص ٢١١

(٤) ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج١، ص ٣٣١، مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م والرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٨ص٣٥٧، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤

المبحث الثالث

مستجد التفريق لعدم الإنفاق

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين في هذه المسألة

استجد في القانون الجديد أن استحدث شكلا جديدا من أشكال التفريق لعدم الإنفاق جعل سبب التفريق فيه الإعسار حصرا، حيث كان النص في القانون القديم تحت باب التفريق (التطليق للعجز أو الامتناع عن دفع النفقة)، جاء في المادة ١٢٧ من القانون السابق (إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها فان كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وان لم يكن له مال ولم يقل انه معسر أو موسر أو قال انه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا، وان أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك).

أما القانون الجديد فقد أبقى على هذه المادة مع إضافة شرط وهو أن يقدم الزوج حال إثبات الإعسار كفيلا على نفقة زوجته المستقبلية، وأضاف مادة أخرى جعل فيها سبب التفريق الإعسار حصرا، فقد جاء في المادة ١١٦ من القانون الجديد (إذا ادعت الزوجة عجز الزوج وإعساره عن الإنفاق عليها بعد الحكم عليه بنفقتها وتعذر تحصيلها وطلبت التفريق فإن ثبت ذلك أو ادعى اليسار ولم يثبته أمهل مده لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر لدفع النفقة المحكوم بها من تاريخ رفع دعوى التفريق وتقديم كفيل بنفقتها المستقبلية، فإن لم يفعل طلق عليه

وإذا أثبت اليسار يكلف بدفع نفقة ستة أشهر مما تراكم لها عليه وتقديم كفيل بنفقتها المستقبلية فإن لم يفعل طلق عليه القاضي في الحال.)[1].

وهكذا فرق القانون بين الادعاء بعدم الإنفاق مطلقا، وبين ادعاء الزوجة الإعسار، والثمرة من التفريق أن الزوجة إذا ادعت الإعسار تحديدا وادعى الزوج اليسار، فبدلا من تطليق القاضي فورا كما المادة السابقة، رسم القانون الطريقين التاليين، الطريق الأول إذا ثبت الإعسار أو عجز عن إثبات اليسار أمهل الزوج مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة أشهر لدفع النفقة المحكوم بها، ويقدم الزوج كفيلا بنفقتها المستقبلية فإن لم يقدم الشروط السابقة طلق عليه القاضي،والطريق الثاني أن يثبت الزوج يساره فيكلف بدفع نفقة ستة أشهر من النفقة المتراكمة ويقدم كفيلا بنفقة زوجته المستقبلية وإلا طلق عليه في الحال وهكذا حد القانون من حالات التفريق للامتناع عن دفع النفقة بالتفرقة بين النوعين.

المطلب الثاني: مستند القانون في هذا المستجد

وباستعراض الأحكام التي وضعها فقهاء المذاهب القائلة بالتفريق للامتناع عن النفقة وهم المالكية والشافعية والحنابلة والذين استمدت منهم المادة في القانون السابق كما نصت الأسباب الموجبة[2] نجد المالكية نصوا على ما هو قريب من مسلك القانون في حال إدعاء الزوج لليسار عند طلب الزوجة للتفريق في حال امتناع الزوج وأجاب الزوج بأنه موسر وقادر على الإنفاق، ففي المذهب رأيان الأول يطلق عليه حالا، والرأي الآخر يحبس فإذا حبس ولم ينفق يطلق عليه في حال عدم وجود مال يمكن تحصيل النفقة منه، وإن ادعى الإعسار، وأثبته تلوم له ثم يطلق

---

(١) أنظر القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦

(٢) أنظر الداود، الأحوال الشخصية، ج ٢ ص٢٢٧

عليه فإن لم يثبته يقال له طلق أو أنفق فَإِن امتَنَع مِن الطلَاق والْإِنْفَاق فَقِيلَ يتَلَوم له ثُم يطَلَقُ علَيهِ وقِيلَ: لَا يتَلَوم له بلْ يطَلَقُ علَيهِ حالًا والثانِي هو الْمعتَمد[١].

وأشار الحنابلة إلى هذا المعنى في عرضهم لحال الموسر الذي غيب ماله ولم يجد القاضي مالا ظاهرا للزوج لينفذ فيه الحكم فيحبس حتى يذعن بالنفقة، فإن امتنع فلزوجته طلب الفسخ في رأي في المذهب[٢].

أما الشافعية فلم يجيزوا التفريق للزوج الموسر في الأصح في المذهب ولو امتنع عن الإنفاق؛ لتمكن الزوجة من تحصيل النفقة من خلال الحاكم، ولكن المذهب قد أشار إلى حالة من لم يعرف مكانه وبالتالي عدم معرفة مكان ماله لتحصيل النفقة منه، ففي المذهب رأيان أحدهما أن لها الفسخ[٣] والحنفية لا يرون هذا النوع من أنواع التفريق[٤].

رأي الباحث

إن القانون بهذا المستجد قد حد من حالات الطلاق الواقعة من هذا النوع من التفريق وذلك بأن أمهل الزوج الموسر لينفق، وقد حقق المشرع في هذا التعديل مقصود هذا النوع من التفريق إذ سببه الامتناع، فأي طريقة لتحصيل النفقة ودرء التفريق، فبها ونعمت، وليس مقصود الشارع أن يفرق بين المرأة وزوجها وإنما رفع الضرر عنها الواقع بالامتناع عن التفريق فبدلا من فورية الطلاق يمهل الزوج دون إيقاع ضرر على المرأة، أما بالنسبة للكفالة فيرى الباحث أن المسألة منوطة بتحقيق المصلحة والعدالة ورفع الضرر ،فللحاكم أن يتخذ من التدابير ما يحقق ذلك ويجد الباحث أن الكفالة ودفع النفقة المستقبلية أسباب لاستمرار الحياة الزوجية من

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج ٢، ص٥١٨.
(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٢٠٥.
(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥، ص١٦٧ -١٦٧ والرملي، نهاية المحتاج، ج ٧، ص ٢١٤.
(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٥٩٠

غير مضارة وقد جاء في المذكرة التي وزعتها دائرة قاضي القضاة في بيانها لأبرز مستجدات القانون الجديد (إن في هذه الكفالة منعا لتحايل المدعى عليه على طلب المدعية في حال رغب بدفع النفقة المتراكمة، وبهذا التعديل يتم التحقق من أن غاية الزوج استمرار الزواج حقيقة وليس الإضرار بها بالاحتياط لجانبها[١].

(١) أنظر موقع دائرة قاضي القضاة الالكتروني www.sjd.gov.jo

الفصل الثالث

مستجدات التفريق للعلل

تمهيد

المبحث الأول: مستجد التفريق للعقم

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المطلب الثاني: العقم لغة واصطلاحا

الفرع الأول: العقم لغة

الفرع الثاني: العقم اصطلاحا

المطلب الثالث: آراء الفقهاء وأدلتهم في التفريق للعقم

المطلب الرابع: شروط التفريق للعقم ومستند هذه الشروط

الفرع الأول: أن تكون الزوجة قادرة على الإنجاب

الفرع الثاني: أن لا تكون الزوجة قد بلغت الخمسين من عمرها

الفرع الثالث: أن لا يكون للزوجة ولد

الفرع الرابع: اشتراط المدة لرفع الدعوى وعدم اشتراط الإمهال

الفرع الخامس: ثبوت العقم بالتقرير الطبي المؤيد بالشهادة

المبحث الثاني: مستجدات التفريق للجنون و مستندها

الفصل الثالث

مستجدات التفريق للعلل

تمهيد

إن من أجل مقاصد عقد الزواج تحقيق المودة والرحمة بين الزوجين وإنما يكون ذلك بأن يكون كل من الزوجين سكنا للآخر، وأن ينشأ هذا العقد أسرة ويوجد نسلا.

وقد يمنع من تحقيق هذه المقاصد موانع، كمرض يمنع تحقيق معنى المودة والسكن أو يمنع وجود النسل.

ومن هذا المنطلق ورعاية لحق الزوجة في الأمومة واستجابة لفطرتها[1] جعل القانون الخيار لأحد الزوجين بالتفريق للعلل بضوابط معينة ومن هذه العلل العقم والجنون وقد جمعتهما في فصل واحد لاشتراكها في وصف المرض والعيب.

---

(١) أشارت إلى ذلك المذكرة التي وزعت من قبل دائرة قاضي القضاة والتي تعرضت لأبرز محاور القانون الجديد والمنشورة على الموقع الالكتروني للدائرة www.sjd.gov.jo

المبحث الأول

مستجد التفريق للعقم

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

من المستجدات في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ في باب التفريق القضائي إعطاء الخيار للزوجة بالتفريق في حال كون زوجها عقيما، حيث جاء في المادة ١٣٦ (للزوجة القادرة على الإنجاب، إن لم يكن لها ولد، ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها، حق طلب فسخ عقد زواجها، إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجـاب، وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها.)

حيث إن القانون القديم لم يجز التفريق للعقم حسب ما استقر عليه اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية، وإن مادة التفريق للعيوب في القانون القديم لا تشمل العقم وفيما يلي نص المادة رقم ١١٦ من القانون السابق (إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض، فلها أن تراجع القاضي، وتطلب التفريق، والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر، فان كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال وان كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة فإذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضا أما وجود عيب

كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق)[١]. حيث جاء في القرار الاستئنافي رقم ٣٥٨٣ أن مجرد عدم إنجاب الأولاد لا يعتبر سببا من أسباب التفريق[٢].

المطلب الثاني: العقم لغة واصطلاحا

الفرع الأول: العقم لغة

العقم لغة: جاء في مختار الصحاح (أَعقَم) الله رحِمها (فَعقِمتْ) علَى ما لَم يسم فَاعِلُه إِذَا لَم تَقْبل الْولَد ورحِم (معقُومةٌ) أَي مسدودةٌ لَا تَلِد ومصدره (الْعقْم) و(الْعقْم) بِفَتْحِ الْعين وضمها. ويقَالُ أَيضا: (عقِمتْ) مفَاصِلُ يديهِ ورجلَيهِ إِذَا يبِستْ. وفِي الْحدِيثِ: «(تُعقَم) أَصلَاب الْمشْرِكِين» ورجلٌ (عقِيم) لَا يولَد لَه. والْملْك عقِيم لِأَن الرجلَ قَد يقْتُلُ ابنَه إِذَا خَافَه علَى الْملْكِ. وريح عقِيم لَا تُلْقِح سحابا ولَا شَجرا. ويوم الْقِيامةِ يوم عقِيم لِأَنه لَا يوم بعده. وامرأَةٌ عقِيم ونِسوةٌ (عقُم) بِضمتَين وقَد يسكن[٣].

الفرع الثاني: العقم اصطلاحا

العقم اصطلاحا: إن استخدام الفقهاء للفظة عقيم مماثل للمعنى اللغوي[٤] وحسب اجتهاد محكمة استئناف عمان، فالعقم يعني عدم القدرة على الإنجاب بشكل طبيعي في وقت رفع

---

(١) أنظر القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم ٦١ لعم ١٩٧٦

(٢) ذياب، القاضي زياد صبحي ذياب، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية ،ص ١٩٥-١٩٨ ط١ ١٩٩٥ ويرى الدكتور زياد صبحي ذياب أن هذه المادة تجيز رفع دعوى التفريق للعقم وأنها دعوى مسموعة، مخالفا في ذي ذلك ما استقر عليه اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية، ولكنه اجتهاد شخصي لا يخرم ما استقر عليه الاجتهاد في محكمة الاستئناف الشرعية حيث إن العمل لدى هيئات الاستئناف بما استقر عليه اجتهاد محكمة الاستئناف.

٣ الرازي، زين الدين أبو عبد ا محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، ج ١ص٢١٥ تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م

(٤) الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٣ ص ٢٦٦، وزارة الأوقاف الكويتية، دار السلاسل الكويت.

الدعوى، لا بما سيقع للعلم من تقدم أو علاج، فالعقم لا يعني أن المدعى عليه غير قادر على الإنجاب نهائيا، فيدخل في تعريف العقيم وفق هذا التعريف من يمكن أن ينجب في حالة التداوي، إلا أنه لا ينجب بشكل طبيعي عند رفع الدعوى[١].

المطلب الثالث: آراء الفقهاء وأدلتهم في التفريق للعقم

باستعراض أراء الفقهاء في اعتبار العقم خيارا يعطي الزوجة حق طلب التفريق من عدم اعتباره، نجد جمهور الفقهاء لم يعتبروا العقم من العيوب التي يثبت بها خيار طلب فسخ النكاح للعيب، وعزوا ذلك إلى أن العقم غير مقطوع به فمن لا يولد له من امرأة يمكن يولد له من أخرى، ويمكن أن يكون العقم عارضا فيزول مع تغير الأوقات والفصول، وأن العقم لا يتعارض مع الجماع وهو محل عقد النكاح ، وحصر للعيوب بناء على آثار سمت تلك العيوب.

فقد جاء في المذهب الحنفي في باب عيوب الزوج التي تعطي الزوجة حق طلب التفريق حصر العيوب في حال كون الزوج عنينا أو خصيا أو مجبوبا أو مجنونا على رأي في المذهب وما يشترك مع الأمراض الثلاثة الأولى من مرض يعطل القدرة على الجماع، وهذا غير متحقق في العقم[٢].

أما المالكية والشافعية فقد نصوا على أنه لا خيار للتفريق لعقم الزوج وعللوا ذلك بِأَنه لَيس بِعيبٍ يوجِب الْخِيار؛ ولِأَنه لَا يقْطَع بِهِ فَلَعله يولَد لَه مِن هذِهِ وإِن لَم يولَد لَه مِن غَيرِه[٣].

---

(١) قرار رقم ٧٢-٢٠١٢-٨٢٣٤٢تاريخ ١-١١-٢٠١١

(٢) ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ) فتح القدير ج٤ ص٢٩٧-٣٠٥ دار الفكر

(٣) الدردير، الشرح الكبير للدردير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٢٧٨ وانظر الصاوي، أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج٢، ص٣٠٥، محمد عبد السلام شاهين دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م لبنان/ بيروت مواهب الجليل ج٣ ص٤٠٤.

وكذلك مذهب الشافعية وقد جاء في الأم للإمام الشافعي (ولَو نَكَحها وهو يقُولُ أَنَا عقِيم أَو لَا يقُولُه حتى ملَك عقْدتَها ثُم أَقَر بِهِ لَم يكُن لَها خِيار وذَلِك أَنه لَا يعلَم أَنه عقِيم أَبدا حتى يموتَ لِأَن ولَد الرجل يبطِئُ شَابا ويولَد له شَيخًا ،ولَيس لَها فِي الْولَدِ تَخْيِير إنما التخْيِير فِي فَقْدِ الْجِماعِ لَا الْولَدِ، أَلَا تَرى أَنا لَا نُؤَجلُ الْخَصِي إذَا أَصاب والْأَغْلَب أَنه لَا يولَد له)[1].

وقد بين الماوردي سبب هذا الحكم قائلا(فَلَو كَانَتْ عاقِرا لَا تَلِد، أَو كَان الزوج عقِيما لَا يولَد له فَلَا خِيار فِيهِ لِواحِدٍ مِنْهما لِأَنه مظْنُون وربما زالَ بتنقل الأمنان)[2].

أما الحنابلة فالراجح عندهم في المذهب بأنه لو بان أحد الزوجين (عقِيما) فَلَا خِيار لِلْآخَر[3]، وفي المذهب رأي منقول عن الإمام أحمد أنه استحب للرجل أن يخبر المرأة قبل العقد إذا كان عقيما، إذ عسى إمراته تريد الولد جاء في المغني بعد نقل الرأي الراجح (إلا أَن الْحسن قَالَ: إذَا وجد الْآخَر عقِيما يخَير. وأَحب أَحمد أَن يتَبين أَمره، قَالَ: عسى امرأَتُه تُرِيد الْولَد)...(وهذَا فِي ابتِداءِ النكَاحِ، فَأَما الْفَسخُ فَلَا يثْبتُ بِهِ، ولَو ثَبتَ بِذَلِك لَثَبتَ فِي الْآيِسةِ، ولِأَن ذَلِك لَا يعلَم، فَإِن رِجالًا لَا يولَد لِأَحدِهِم وهو شَاب، ثُم يولَد له وهو شَيخٌ، ولَا يتَحقَّقُ ذَلِك مِنْهما)[4].

وفي المقابل نجد ابن تيمية رحمه ا وابن القيم رحمه ا من الفقهاء السابقين وعددا من الفقهاء المعاصرين اعتبروا العقم سببا لطلب المرأة التفريق[5]، واعتمدوا في رأيهم نقلاً عن

(١) الإمام الشافعي، الأم ، ج٥، ص ٤٣ الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٧ ص ١٧٨

(٢) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: ج٩، ص٣٤٨ المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ -١٩٩٩م.

(٣) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع ج٥ ص ١١٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٧ص ١٨٦-١٨٧.

(5) انظر ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ) الاختيارات الفقهية، ص ٥٤٣، تحقيق علي بن محمد بن عباس البعلى الدمشقي الناشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان الطبعة: ١٣٩٧هـ/١٩٧٨م وابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن

سيدنا عمر بن الخطاب رضي ا عنه يعطي الخيار لزوجة العقيم، إذ روي عنه رضي ا عنه أنه بعثَ رجلًا على بعضِ السعايةِ فَتَزوج امرأةً وكان عقِيما فقَالَ له سيدنا عمر: أَعلَمتَها أَنك عقِيم؟ . قَالَ: لَا، قَالَ: فَانْطَلِقْ فَأعلِمها ثُم خَيرها».[1] وفي رواية «أَخْبرتَها أَنك عقِيم لَا يولَد لَك» قَالَ: لَا قَالَ: «فَأَخْبِرها، وخَيرها»[2] وفي رواية «هلْ أَعلَمتَها أَنك عقِيم؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَانْطَلِقْ فَأعلِمها ثُم خَيرها»[3].

ويمكن أن يستأنس للرأي السابق بما رواه عمر رضي ا عنه عن رسول ا صلى ا عليه وسلم قَالَ: «نَهى رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم أَن يعزلَ عن الْحرةِ إلا بِإِذْنِها»[4].

وذهب الإمام ابن القيم رحمه ا تعالى إلى اعتبار العقم عيبا يعطي الزوجة الخيار لفسخ عقد الزواج للعيب إذ قال (أَما الِاقْتِصار علَى عيبين أَو سِتةٍ أَو سبعةٍ أَو ثَمانِيةٍ دون ما هو أَولَى مِنْها أَو مساوٍ لَها، فَلَا وجه لَه فَالْعمى والْخَرس والطرشُ وكَونُها مقْطُوعةَ الْيدين، أَو الرجلَين أَو إِحداهما أَو كَون الرجل كَذَلِك مِن أَعظَمِ الْمنَفراتِ، والسكُوتُ عنْه مِن أَقْبح التدلِيسِ والْغِش، وهو منَافٍ لِلدين، والْإِطْلَاقُ إِنما ينْصرفُ إِلَى السلَامةِ فَهو كَالْمشْروطِ عرفًا ،وقَد قَالَ أَمِير الْمؤْمِنِين

قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد (ج٥ ص ٦٥) مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت ط السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ /١٩٩٤م وزيدان، عبد الكريم= =زيدان، المفصل في أحكام المرأة، ج٩، ص ٣٩، مؤسسة الرسالة، ط١ ص ١٩٩٣ وذياب، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص١٩٨.

(١) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد (ج٥ ص ٦٥)، ١٤١٥هـ /١٩٩٤م.

(٢) الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ) المصنف (حديث رقم ١٠٣٢٧) ج٦ ص١٦٢ باب الرجل العقيم تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي – بيروت الطبعة: الثانية، ١٤٠٣.

(٣) ابن منصور، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: ٢٢٧هـ) سنن سعيد بن منصور حديث رقم ٢٠٢١، ج٢، ص ٨١، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية – الهند الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م.

(٤) ابن ماجة، ابن ماجة أبو عبد ا محمد بن يزيد القزويني، (المتوفى: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجة حديث رقم ١٩٢٨، ج١، ص٦٢٠ تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، وعلق عليه المحقق أن فيه ابن لهيعة وهو ضعيف.

عمر بن الْخَطابِ رضِي الله عنْه " لِمن تَزوج امرأَةً وهو لَا يولَد لَه: أَخْبِرها أَنك عقِيم وخَيرها "......والْقِياس أَن كُل عيبٍ ينَفر الزوج الْآخَر مِنْه ولَا يحصلُ بِهِ مقْصود النكَاحِ مِن الرحمةِ والْمودةِ يوجِب الْخِيار وهو أَولَى مِن الْبيعِ، كَما أَن الشروطَ الْمشْتَرطَةَ فِي النكَاحِ أَولَى بِالْوفَاءِ مِن شُروطِ الْبيعِ، وما أَلْزم الله ورسولُه مغْرورا قَط ولَا مغْبونًا بِما غُر بِهِ وغُبِن بِهِ، ومن تَدبر مقَاصِد الشرعِ فِي مصادِرِهِ وموارده وعدله وحكمتهِ وما اشْتَملَ علَيهِ مِن الْمصالِحِ لَم يخْفَ علَيهِ رجحان هذَا الْقَول وقُربه مِن قَواعِدِ الشرِيعةِ.)

ثم يسرد رحمه ا الأدلة من المنقول مما ذهب إليه ويستدل بحجية هذه النصوص ودلالتها على هذا الرأي ومن هذه النصوص ما رواه ابن الْمسيبِ عن سيدنا عمر: (أَيما امرأَةٍ زوجتْ وبِها جنُون أَو جذَام أَو برص فَدخَلَ بِها ثُم اطلَع علَى ذَلِك فَلَها مهرها بِمسِيسِهِ إِياها وعلَى الْولِي الصداقُ بِما دلس كَما غَره).

وما رواه الشعبي عن سيدنا علي: (أَيما امرأَةٍ نُكِحتْ وبِها برص أَو جنُون أَو جذَام أَو قَرن فَزوجها بِالْخِيارِ ما لَم يمسها إِن شَاء أَمسك وإِن شَاء طَلَقَ وإِن مسها فَلَها الْمهر بِما استَحل مِن فَرجِها).

وما رواه ابن المسيب عن سيدنا عمر أيضا قَالَ: (إِذَا تَزوجها برصاء أَو عمياء فَدخَلَ بِها فَلَها الصداقُ ويرجِع بِهِ علَى من غَره).

ويستدل ابن القيم بما سبق أن وصف وتسمية العيوب السابقة لم يكن على سبيل الاختصاص والحصر وإنما على سبيل التمثيل؛ فإذا وجد في عيب آخر نفس العلة وهي العيب الذي ينَفر الزوج الْآخَر مِنْه ولَا يحصلُ بِهِ مقْصود النكَاحِ مِن الرحمةِ والْمودةِ كان له نفس الحكم من الخيار.

ويستدل لهذا الفهم بقضاء القاضي شريح إذ خَاصم رجلٌ إِلَيه ، فَقَالَ: إِن هؤُلَاءِ قَالُوا لِي: إِنا نُزوجك بِأَحسن الناس، فَجاؤونِي بِامرأَةٍ عمشَاء، فَقَالَ شريح: إِن كَان دلس لَك بِعيبٍ لَم يجز[1].

رأي الباحث

ويتضح مما سبق أن الأسباب التي اعتمد عليه غير المجيزين للتفريق بسب العقم هي الأسباب التالية

أولا: إمكانية زوال العقم بتغير الأزمنة والأمكنة،وأن من لا يولد له من امرأة قد يولد لها من أخرى، فالعقم غير مقطوع به .

ثانيا: ما ذكره بعض الفقهاء من عدم تعارض العقم مع الجماع الذي هو محل العقد.

ثالثا: أن بعض المذاهب قصرت العيوب بناء على أحاديث وآثار سمت تلك العيوب ،فكانت التسمية حصرا للعيوب

ويمكن رفع أسباب المنع السابقة بما يلي،بالنسبة للسبب الأول وهو أن العقم غير مقطوع به ويمكن زواله، فالقانون قد عالج هذه النقطة بأن أعطى فترة كافية للزوج العقيم حتى يتعالج وهي السنوات الخمس بعد الدخول فإن لم يصل إلى نتيجة وكانت تسميته الطبية عقيما حين رفع الدعوى وثبت ذلك بالتقرير الطبي القطعي، فيسقط السبب الذي ذكر لعدم اعتبار العقم من الأسباب المعطية لخيار التفريق بسبب العيب.

أما السبب الثاني وهو عدم تعارض العقم مع الجماع وهو محل العقد فيجاب عليه، بأنه لا تعارض بين كون محل العقد الجماع وبين كون العقم سببا للتفريق، ذلك لأن عقد الزواج له محل وله مقاصد، فالشريعة بأحكامها اتسقت بمبدأ عام وهو تحقيق مصالح العباد في دنياهم

---

(١) ابن القيم، زاد المعاد، ج ٥، ص١٦٦- ١٦٨

وأخراهم ومن هذه المقاصد المتحققة من خلال الزواج إنشاء أسر وإيجاد نسل، فا جل في علاه تمنن على عباده بنعمة الزواج وآثاره التي أكرم بها العباد في الزواج ومنها الولد والنسل قال تعالى (وَمِن آيَاتِهِ أَن خَلَقَ لَكُم مِن أَنْفُسِكُم أَزواجا لِتَسكُنُوا إِلَيها وجعلَ بينَكُم مودةً ورحمةً إِن فِي ذَلِك لَآياتٍ لِقَومٍ يتَفَكرون) الروم الآية ٢٠، ومن معاني الرحمة عند أهل التفسير الولد والنسل جاء في مدارك التنزيل وحقائق التأويل {وجعلَ بينَكُم مودةً ورحمةً} أي جعل بينكم التواد والتراحم بسبب الزواج وعن الحسن المودة كناية عن الجماع، والرحمة عن الولد ... {إِن فِي ذلك لآيات لّقَومٍ يتَفَكرون} فيعلمون أن قوام الدنيا بوجود التناسل)[1].

ونجد ذلك في أحاديث النبي صلى ا   عليه وسلم عن معقِل بن يسارٍ، قَالَ: جاء رجلٌ إِلَى النبِي صلى ا ُ علَيهِ وسلم، فَقَالَ: إِني أَصبتُ امرأَةً ذَاتَ حسبٍ وجمالٍ، وإِنها لَا تَلِد، أَفَأَتَزوجها، قَالَ: «لَا» ثُم أَتَاه الثانِيةَ فَنَهاه، ثُم أَتَاه الثالِثَةَ، فَقَالَ: «تَزوجوا الْودود الْولُود فَإِني مكاثِر بِكُم الْأُمم»[2].

وفي حديث النبي صلى ا   عليه وسلم عن أَنَسِ بن مالِكٍ قَالَ:(كَان رسولُ ا ِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم يأْمر بِالْباءةِ، وينْهى عن التبتل نَهيا شَدِيدا، ويقُولُ: (تَزوجوا الْودود الْولُود، إِني مكاثِر الْأَنْبِياء يوم الْقِيامةِ)[3].

---

(١) النسفي، أبو البركات عبد ا بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل) ج ٢، ص ٦٩٥حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، الناشر: دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨م.

(٢) أخرجه أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، حديث رقم ٢٠٥٠ ج٢، ص٢٢٠ تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت.

(٣) أخرجه الإمام أحمد، أبو عبد ا أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، مسند الإمام أحمد، مسند سيدنا أنس بن مالك رضي ا عنه حديث رقم ١٢٦١٣ ج٢٠ ص ٦٣ المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد ا بن عبد المحسن التركي الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م حكم الشيخ شعيب على الحديث بأنه صحيح لغيره.

فلا يصح أن يفرغ الزواج من مقاصده بأن نقول أن محل العقد متحقق،ونهدر ونهضم حق المرأة بالولد ،فلا يمكنها التفريق إلا من خلال دعاوى أخرى كالافتداء مثلا وهذه الدعاوى تكبدها مخاسر مالية إضافة أن الزوجة قد تكون غير قادرة على رد الصداق وما إلى ذلك فلا بد أن ننظر إلى الأحكام نظرة مقاصدية من خلال المبدأ العام للتشريع وهو تحقيق مصالح العباد في دنياهم وأخراهم، ومن أهم هذه المقاصد حفظ النسل وتحقيق هذه المصلحة من خلال الزواج .

وهذا جلي في توجيه السادة الفقهاء الذين اعتبروا العيوب المنفرة تعطي احد الزوجين الحق في التفريق فذكروا أن من أسباب ذلك الضرر اللاحق بأحد الزوجين جاء في البدائع (وقَالَ محمد: خُلُوه مِن كُل عيبٍ لَا يمكِنُها الْمقَام معه إلا بِضررٍ كَالْجنُون والْجذَامِ والْبرصِ، شَرطُ لُزومِ النكاحِ حتى يفْسخَ بِهِ النكاح، وخُلُوه عما سِوى ذَلِك لَيس بِشَرطٍ ،وجه قَول محمدٍ أَن الْخِيار فِي الْعيوبِ الْخَمسةِ إنما ثَبتَ لِدفْعِ الضرر عن الْمرأَةِ وهذِهِ الْعيوب فِي إلْحاقِ الضرر بِها فَوقَ تِلْك؛ لِأَنها مِن الْأَدواءِ الْمتَعدِيةِ عادةً، فَلما ثَبتَ الْخِيار بِتِلْك، فَلَأَن يثْبتَ بِهذِهِ أَولَى)[1].

والضابط في النص السابق أن هذه الأمراض لا يمكن الإقامة معها بلا ضرر ،وأي ضرر أعظم من امرأة تريد الولد بزواجها فتحرم منه.

أما بالنسبة للسبب الثالث وهو الأحاديث والآثار التي سمت تلك العيوب، فإن التسمية لم تكن حصرا للعيوب، فإنك تجد في المذهب وبعد ذكره للعيوب الواردة في الحديث أو الأثر قياسا لأمراض أخرى لم ترد في الحديث أو الأثر لاجتماعهما في العلة وهي الضرر[2].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٣٢٧

(٢) أنظر، الحصني، تقي الدين الحصني (تالمتوفى ٨٢٩هـ)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج١ ص٣٦٦، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان دار الخير – دمشق الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ وانظر الحاكم، أبو عبد ا الحاكم محمد بن عبد ا بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، المستدرك نباب ذكر العالية، ج٤ ص٣٦ حديث=

المطلب الرابع: شروط التفريق للعقم في القانون ومستند هذه الشروط

وباستعراض المادة رقم ١٣٦ للعام ٢٠١٠ نجد أن القانون اشترط للتفريق للعقم الشروط التالية:

الفرع الأول: أن تكون الزوجة قادرة على الإنجاب

أي لا بد أن تكون الزوجة سليمة من هذا العيب، وعليه لا يصح للزوجة إذا كانت عاقرا طلب التفريق للعقم، ولا بد أن تكون سليمة من هذا العيب.

وأصل هذا الشرط مستمد من الرأي الذي اشترط لمن أراد التفريق للعيب أن تكون طالبة التفريق سالمة من هذا العيب، وبهذا قال الحنفية والشافعية الحنابلة في رأي في المذهب، وحجتهم في ذلك أن الزوجين متساويان في العيب فلا وجه للتفريق كزوجة رتقاء وزوج عنين، فلا حق لها بالمخاصمة والعيب قائم فيها، وفي هذه الحالة تحديدا لا يرفع ضرر عن الزوجة بزواجها من غير عقيم[١].

وعند المالكية تفصيل، فالأظهر أن لكل من الزوجين طلب التفريق إن وجد في صاحبه عيبا سواء كان طالب التفريق معيبا بنفس العيب أم لا، والرأي الآخر إن كان طالب التفريق هو الزوج فله طلب التفريق سواء كان به عيب من جنس زوجته أم لا، وليس للزوجة ذلك، لأن الزوج قدم الصداق لسالمة من العيب، فوجدت معيبة وممن يكون صداقها أقل من السالمة،

=رقم ٦٨٠٨ تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ – ١٩٩٠.

(١) السرخسي، المبسوط، ج ٥، ص ١٠٤ وانظر فتح القدير ج ٤ص ٢٩٩ الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ ص٣٤١، ابن قدامة، المغني، ج٧، ص ١٨٧.

وسبب ترجيح الرأي الأول في المذهب أن عدم إعطاء الخيار للتفريق زيادة ضرر، حيث اجتمع عيبه على عيب صاحبه[١].

رأي الباحث

إن هذا الشرط محقق لمقصد هذه المادة من رفع الضرر؛ فالزوجة التي لا تلد لا يرفع عنها ضرر بزواجها ممن يولد له ،فإذا تساويا بالعيب فلا مزية لأحدهما على الاخر كالزوجة الرتقاء والزوج العنين، فالتفريق بينهما لا يرفع عن أحدهما ضررا لا حقا به،خاصة وأن العقم ليس من الأمراض المنفرة أو المعدية[٢].

الفرع الثاني: أن لا تكون الزوجة قد بلغت الخمسين من عمرها حتى يحق لها طلب التفريق لعقم الزوج

وهذا السن هو سـن الإياس عند جمهور الفقهاء، فقد جاء عند الحنفية في تقدير سن الإياس أنه لا تقديـر له في رواية وإنما يعـرف سن الإياس أن تبلغ المرأة من السن ما لا يحيض به مثلها، ويقصد بمثلها أي في البدن والسمن والهزال. وفي روايةٍ: يقَدر بِخَمس وخَمسِين سنَةً[٣].

أما المالكيـة فسن الإياس عندهـم من الخمسين إلى السبعيـن فقبل بلـوغ المرأة الخمسين يكون حيضا، وبعد السبعين فليس بحيض، أما ما كان في تلك الفترة فتسـأل النساء فيه[٤].

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، ص٢٧٧.

(٢) أنظر ذياب، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص ٢٠٨

(٣) الكمال بن الهمام، فتح القدير ج٤، ص ٣١٩.

(٤) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، ص ٤٧٣.

والشافعية يعتبرون سن الإياس هو السن الذي تيأس به نساء عشيرة المرأة من الأبوين، وهو الجديد عند الإمام الشافعي، وسبب ذلك تقاربهما طبعا وخلقا، ويعتبر في ذلك الأقرب فالأقرب وذكروا لسن الإياس روايات منها اثْنَان وستون وستون، وخَمسون، وسبعون، وخَمسةٌ وثَمانُون، وقيلَ تِسعون، وقيلَ: غَير الْعربيةِ لَا تَحيض بعد الْخَمسِين، ولَا تَحيض بعد الستين إلا قُرشِيةٌ[1].

وينقل الحنابلة في المسألة روايتين جاء في المغني (واخْتُلِفَ عن أَحمد فِي السن الذِي تَصِير بِهِ الْمرأَةُ مِن الْآيِساتِ، فَعنْه: أَولُه خَمسون سنَةً؛ لِأَن عائِشَةَ قَالَتْ: لَن تَرى الْمرأَةُ فِي بطْنِها ولَدا بعد خَمسِين سنَةً. وعنْه: إن كَانَتْ مِن نِساءِ الْعجمِ فَخَمسون، وإِن كَانَتْ مِن نِساءِ الْعربِ فَستون؛ لِأَنهن أَقْوى طَبِيعةً....الصحِيح - إن شَاء الله تَعالَى - أَنه متَى بلَغَتْ الْمرأَةُ خَمسِين سنَةً، فَانْقَطَع حيضها عن عادتِها مراتٍ لِغَير سببٍ، فَقَد صارتْ آيِسةً؛ لِأَن وجود الْحيضِ فِي حق هذِهِ نَادِر)[2].

رأي الباحث

باستعراض آراء الفقهاء السابقة ،يظهر أن اشتراط القانون أن لا تكون المدعية قد بلغت خمسين عاما من عمرها ،حيث إن هذه المرأة لا يولد لمثلها عادة ،فمبدأ هذه المادة هو نفسه المبدأ الذي لا يعطي الخيار لصاحب العلة المماثلة في التفريق.

ولكن يظهر مما سبق أن تحديد الفقهاء لسن الإياس كان باستقراء العادة ،وأحالوا الأمر في مرات عدة إلى طبيعة المرأة، لاختلاف النساء في خلقتهن، وعليه وبناء على ما سبق فما هي الحكمة من تحديد عمر المدعية، إذا كانت الحكمة أن لا تكون طالبة التفريق للعقم غير

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ،ج٥ ص ٨٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٨ص١٠٧.

قادرة على الحمل فالعبارة المناسبة أن يشترط أن لا تكون المرأة ايسة من المحيض ويثبت ذلك بالتقرير الطبي وهو متيسر ودقيق، وإلا فلم تحرم من بلغت الخمسين من الولد، فقد تكون تأخرت في زواجها، أو عولجت ثم أصبحت قادرة على الإنجاب، فلم تحرم هذه الفئة من حقها في التفريق وفرصة أخرى لإنجاب الولد، أما في حال أن كنا في زمان لا يمكن أن يبت العلم بيأس المرأة من عدمه فيكون التقدير بعمر لضبط المسألة.

فإن قيل هل لمن بلغت الستين أو السبعين طلب التفريق للعقم ،الإجابة أن العادة المطردة أن من بلغت هذا العمر لا يمكنها الحمل والولادة عادة، وعلى هذا يرى الباحث أن يترك الأمر لكل حالة دون تحديد بعمر.

فلا بد أن تكون المرأة طالبة التفريق في سن يسمح لها بالولادة أي لا تكون وصلت إلى سن الإياس فلا يحق لها والحالة هذه طلب التفريق إذ لا فائدة ولا رفع لضرر من التفريق بينهما ،لأنها بزواجها من غيره لن تحقق مقصد التفريق وهو حصولها على الولد وعدم حرمانها منه[1].

الفرع الثالث: أن لا يكون للزوجة ولد

وسبب هذا الشرط، أن المرأة التي لها ولد من زوجها التي هي على ذمته الآن أي قبل إصابته بالمرض، أو من زواج سابق - إذ القيد جاء عاما بصيغة لها ولد - ليس لها الحق في طلب التفريق للعقم، لأن التفريق جعل لرفع الضرر وهذه المرأة التي لها ولد غير متضررة من عقم زوجها إذ مقصد الولد والنسل متحقق لديها، وأنه من التمحل أن تطلب المرأة التفريق لعقم الزوج وهي صاحبة ولد ،إذ حكمة المادة رفع الضرر والمرأة غير متضررة[2].

---

(١) انظر هذا المعنى عند ذياب، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص ٢١٣.

(٢) هذا مما استفاده الباحث من شيخه فضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين نفع ا به المسلمين بصحة وعافية.

رأي الباحث

يرى الباحث أن الأحرى بالمشرع الأردني حذف هذا القيد أو صياغته بضوابط جديدة، إذ هناك نساء لهن ولد، وحرمانهن من حقهن في التفريق ظلم لهن، مثاله من كان لها ولد مريض عاجز تسمى ذات ولد، ومن كانت ذريتها إناثا تسمى ذات ولد، والحالات المذكورة قد ترغب صاحبتها بالولد، عصبة، أو منفق في كبر، أو أنيس وحشة، ورب العالمين من على عباده بنعمة الذرية لمصالح كثيرة منها البر عند الكبر وقضاء حوائج الوالدين عند الحاجة قال تعالى (ووصينَا الْإِنْسان بِوالِديهِ إِحساناً حملَتْه أُمه كُرها ووضعتْه كُرها وحملُه وفِصالُه ثَلَاثُون شَهرا حتى إِذَا بلَغَ أَشُده وبلَغَ أَربعِين سنَةً قَالَ رب أَوزِعنِي أَن أَشْكُر نِعمتَك الَّتِي أَنْعمتَ علَي وعلَى والِدي وأَن أَعملَ صالِحا تَرضاه وأَصلِح لِي فِي ذُريتِي إِني تُبتُ إِلَيك وإِني مِن الْمسلِمِين* أُولَئِك الَّذِين نَتَقَبلُ عنْهم أَحسن ما عمِلُوا ونَتَجاوز عن سيئَاتِهِم فِي أَصحابِ الْجنةِ وعد الصدقِ الَّذِي كَانُوا يوعدون) الزخرف ١٥-١٦، فالأصل رفع هذا القيد أو ضبطه بضوابط الصحة أو الذكورة والله أعلم[١].

الفرع الرابع: اشتراط المدة لرفع الدعوى وعدم اشتراط الإمهال

إن القانون لم يمهل العقيم بعد رفع الدعوى، وإنما جعل شرطا لرفع هذه الدعوى ابتداء أن يمضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها، حيث جاءت في المادة المتعلقة بهذا الموضوع (وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها).

---

(١) وقد رأى شيخنا الأستاذ الدكتور محمود السرطاوي حفظه الله عدم وجاهة رأي الباحث باعتبار الذكورة لأن ذلك يفتح باب التفريق على مصراعيه ويؤدي إلى عدم الاستقرار الأسري،ويرى الباحث أن الرجل أقدر على تلبية مصالح والديه غالبا لعدم ارتباطه بطاعة زوجته في مسكن أو مكان عمل أو ما شابه على العكس من المرأة والله أعلم

وأما السنة فقد نص القانون في المادة ٣٢٢ على أن المراد بالسنة السنة القمرية في حالة سكوته عن تحديدها.

وقد ذكر الفقهاء التأجيل في باب التفريق للعيوب، خاصة في التفريق للعنة إذ نقل الإجماع على ذلك ودليل ذلك عن ابن الْمسيبِ قَالَ: «قَضى عمر بن الْخَطاب فِي الَّذِي لَا يستَطِيع النساء أَن يؤَجلَ سنَةً»، قَالَ معمر: «وبلَغَنِي أَنه يؤَجلُ سنَةً مِن يومِ تَرفَع أَمرها»[1] وما رواه البيهقي في السنن الكبرى عن سعِيدِ بن الْمسيبِ، عن عمر بن الْخَطابِ رضِي ا ُ عنْه أَنه قَالَ فِي الْعِنين: "يؤَجلُ سنَةً فَإِن قَدِر علَيها وإِلا فُرقَ بينَهما ولَها الْمهر وعلَيها الْعِدةُ "[2] وما روي عن سيدنا علي بن أبي طالب رضي ا عنه في مصنف أبي شيبة عن الضحاكِ، عن علِي، قَالَ: «يؤَجلُ سنَةً، فَإِن وصلَ وإِلا فُرقَ بينَهما فَالْتَمسا مِن فَضل اللهِ»[3] وما روي عن المغيرة بن شعبة رضي ا عنه أَن الْمغِيرةَ بن شُعبةَ رضِي ا ُ عنْه (أَجلَه سنَةً مِن يومِ رافَعتْه)[4] وعن الحسن البصري رحمه ا تعالى (يؤَجلُ سنَةً، فِي الَّذِي لَا يستَطِيع أَن يأْتِي امرأَتَه)[5].

---

(١) عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ) مصنف عبد الرزاق ج٦، ص ٢٥٣ حديث رقم ١٠٧٢٠ باب أجل العنين، لمحقق: حبيب الرحمن الأعظمي الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت لطبعة: الثانية، ١٤٠٣.

(٢) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسروجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى حديث رقم ١٤٢٨٩ ج ٧ ص ٣٦٨ باب أجل العنين السنن الكبرى تحقيق: محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية، بيروت – لبنات ط٣ ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

(٣) ابن أبي شيبة، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد ا بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، مصنف ابن أبي شيبة حديث رقم ١٦٤٨٩ ج٣ ص ٥٠٤ باب كم يؤجل العنين تحقيق : كمال يوسف الحو، مكتبة الرشد – الرياض ط ١، ١٤٠٩.

(٤) البهقي، السنن الكبرى ج٧، ص٣٦٩، حديث رقم ١٤٢٩٣.

(٥) ابن الجعد، علي بن الجعد بن عبيد الجوهري البغدادي (المتوفى: ٢٣٠هـ)، مسند ابن الجعد حديث رقم ١٣٢٣ ج١، ص ٧٠٢ تحقيق: عامر أحمد حيدر مؤسسة نادر – بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٠ – ١٩٩٠.

وقد نصت المذاهب الفقهية الأربعة على التأجيل في العيوب، مع تباين في كونها شمسية أو قمرية، وعللت المذاهب التأجيل بأن العجز أو العلة ربما يكون بسبب حر أو برد أو جفاف أو رطوبة، وإنما تزول هذه الموانع بزوال أوقاتها وبالعلاج من المرض، فإذا مرت أيام السنة دون برء علم أن العلة وصلت أصل الجسد لا بسبب عارض، أما بالنسبة لتحديد السنة بالشمسية أو القمرية فعند الحنفية خلاف حول كونها شمسية أو قمرية فنقل السرخسي أنها شمسية وذكر ابن الهمام أنها رواية ابن الحسن عن أبي حنيفة وبهذا الرأي أخذ بالأحوط؛ إذ قد يكون العلاج في الأيام التي يقع بها التفاوت بين الشمسية والقمرية، وكذا تبدل الفصول يكون بالسنة الشمسية، ونقل صاحب الهداية أن الصحيح اعتبارها قمرية إذ التأجيل في الأثر الوارد عن سيدنا عمر مطلق السنة، وهو منصرف إلى تقديره بالأهلة[١].

أما المالكية فالتأجيل عندهم في بعض العيوب مما يرجى فيه البرء مثل الجنون والبرص والجذام، ويكون التأجيل سنة قمرية ، إذا كان البرء مرجوا[٢].

ومذهب الشافعية في التأجيل انه يؤجل لمدة سنة قمرية وينقلون الإجماع على ذلك ويكون التأجيل سنة قمرية[٣].

ومذهب الحنابلة أن العنين يؤجل سنة[٤]، وفي المذهب خلاف حول كونها شمسية أو قمرية، ويحتج أصحاب الرأي أن السنة شمسية بأنها الجامعة لفصول العام التي

---

(١) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ المبسوط ج٥، ص١٠١، دار المعرفة – بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م السمرقندي، العلاء السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٢٩٦، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ط٢، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م. الابن الهمام فتح القدير على الهداية، ج٤، ص ٣٠٢.

(٢) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢ ص ٢٧٣-٢٨٠.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤ ص ٣٤٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٧ ص ٢٠٠-٢٠١.

يظن بها البرء باختلافها، ومن بعد نقل الخلاف يعلق المرداوي (الْخَطْبُ فِي ذَلِكَ يَسِيرٌ، وَالْمُدَّةُ مُتَقَارِبَةٌ. فَإِنَّ زِيَادَةَ السَّنَةِ الشَّمْسِيَّةِ عَلَى السَّنَةِ الْهِلَالِيَّةِ أَحَدَ عَشَرَ يَوْمًا وَرُبُعَ يَوْمٍ، أَوْ خُمُسَ يَوْمٍ)[1].

رأي الباحث

ويرى الباحث أن الحكمة والعدالة تقتضي ضرب هذه المدة؛ إذ قد يشفى المريض من هذا المرض فيعطى مهلة رجاء شفائه وزوال العيب، والتأجيل في التفريق للعيب منصوص عليه عند الفقهاء كما سبق بيانه، ونجد الطب قد ذكر انه في حال عدم حصول الحمل خلال فترة العام إلى العامين من الجماع بين الزوجين دون وجود الموانع، فهذا يؤذن بوجود مشكلة في أحد الطرفين، ففترة السنوات الخمس فتـرة مناسبة لاكتشاف المشكلة ولعلاجها[2]، ولكن الباحث يرى أن الأجـدر أن يكون الحساب بالسنوات الشمسية لا القمرية للأسباب التي ذكرها الفقهاء انفا.

الفرع الخامس: ثبوت العقم بالتقرير الطبي المؤيد بالشهادة

نص القانون في مادة التفريق للعقم في آلية الإثبات (إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة) دون أن ينص على عدد الأطباء وتفصيل الشهادة وما يتعلق بالطبيب من حيث تقريره، ولكن جاء في أصول المحاكمات الشرعية أن عيوب النكاح تثبت بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته (يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر وفسخ النكاح بتقرير

---

(١) المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٨ ص ١٨٨، ط٢، دار إحياء التراث العربي.

(٢) أنظر طلعت، الدكتور محمود طلعت، العقم، ص٩، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر بيروت لبنان وحسن، الدكتور حسن الحسن، سؤال وجواب عن العقم، ص ٧-٨، دار المؤلف بيروت لبنان، ط١ ٢٠٠١

الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبيب آخرين أو أكثر[(١)].

فتكون المادة المذكورة في أصول المحاكمات هي المرجع في المسألة، وأصل هذه المادة في المذهب الحنفي وهو المذهب المعتمد في قواعد الإثبات، إذ جاء فيه إحالة الأمر في المسائل الطبية لأهل الاختصاص، وشروطهم الإسلام والعدالة والحذاقة في المهنة، وتقبل شهادة المختص ولو كان فردا إذ هو إخبار عن الواقع[(٢)].

وبما سبق تعرض الباحث للشروط التي وضعها القانون للتفريق للعقم، ويجد الباحث أن القانون سكت عن مسألة العلم بالعيب والرضا به وهو ما لا بد من الإشارة إليه.

فهل العلم بالعيب والرضا به يعد مانعا من سماع هذه الدعوى وموجبا لردها، وهل يجب على الزوجة فور علمها بالمرض أن ترفع الدعوى إذ علمها وسكوتها يعتبر رضا دلالة أم لها التراخي في طلب التفريق بعد العلم.

فنجد أن القانون قد اشترط شرطا عاما بالتفريق للعيوب المانعة من الدخول وهو عدم الرضا بهذا العيب واستثنى من ذلك العنة، حيث جاء في المادة ١٢٩ (الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول بها أو التي ترضى بالعيب صراحة أو دلالة بعد العقد يسقط حقها في التفريق ما عدا العنة فإن العلم بها قبل عقد الزواج لا يسقط حقها ولو سلمت نفسها).

---

(١) المادة ٩٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية والاجتهاد الاستئنافي في تصديق قرارات الفسخ للعيب الثابت بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أنظر القرارات رقم ٢١٦٠٢ تاريخ ٢٨-٨-١٩٨٠ والقرار رقم ٣٩٢٠٣ تاريخ ٧-٨-١٩٩٥

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١٦، ص ٩٠، وص ١٤٤، وابن الهمام، فتح القدير، ج٧، ص٣٧٢، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج٣، ص ٤٩٩.

بينما لم ينص القانون عن الرضا بالعيوب الأخرى ومنها العقم، وبقي الأمر على إطلاقه ونحن هنا أمام فهمين لهذا النص، الفهم الأول أن سكوت القانون عنه يعني عدم اعتباره بناء على أن المطلق يبقى على إطلاقه ومن أهم صفات القوانين الوضوح في بيان مرادها والسكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان، فبما أن المشرع لم يشترط هذا الشرط فقد أراد المشرع عدم اعتباره، والفهم الثاني أن المسكوت عنه يعاد فيه إلى المذهب الذي استمدت منه المادة وحيث إن هذه المادة لم تستمد من مذهب معين وحيث إن التفريق للعقم هو صورة عن التفريق للعيوب، والتفريق مذكور عند الفقهاء بصور وضوابط مختلفة وقد نص القانون أن ما لا ذكر له يرجع به إلى المذهب الحنفي فنستعرض آراء الفقهاء في الرضا بالعيب وفي طلب التفريق هل يكون على الفور أم التراخي.

أما الحنفية فالعلم بالعيب قبل العقد مسقط للحق بالخيار لطلب التفريق، أما إن وجدته مجبوبا أو عنينا فسكتت عنه فترة فلا يسقط حقها بالتفريق إذ حقها في هذه الحالة على التراخي لا على الفور بشرط أن لا تكون قد رضيت بالمرض[1].

أما المالكية فالعلم بالعيب أو الرضى به يسقط الحق بالخيار، ولو اطلع بعد العقد على العيب ورضي به صراحة أو دلالة كتسليم النفس فيسقط الخيار[2].

---

(١) ابن الهمام فتح القدير على الهداية، ج٤، ص ٢٩٩ - ص٣٠٢ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣ ص ٤٩٩ ومن الجدير بالذكر أن الباحث وجد أن محقق الحنفية الإمام ابن عابدين جعل للزوجة طلب التفريق ولو رضيت بالجماع بعد العلم بينما ينسب البعض إلى الحنفية أن الرضى دلالة مسقط للخيار عند الحنفية وهو ما لم أجد له مصدرا.

(٢) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٢٧٧

وكذلك الرأي عند الشافعية والحنابلة بالنسبة للعلم والرضا يسقط الحق بالخيار لأنها دخلت العقد راضية بالمرض، ويضيف الشافعية أنه ينبغي على الزوجة وبمجرد أن علمت بالمرض بعد العقد طلب التفريق على الفور قياسا على العلم بالعيب في المبيع[١].

رأي الباحث

يرى الباحث من خلال استعراض أراء الفقهاء السابقة أن العلم بالعقم قبل العقد والرضى به مسقط للخيار، وفي هذا تحقيق للعدالة وتطبيق حكيم للنص، مثاله أن رجلا تزوج امرأة وأخبرها بمرضه وعقمه، ورضيت به مع هذا المرض وتكبد ما تكبد من نفقات الزواج والمهور، ثم أرادت الولد، وهو حقها ولها أن تفتدي نفسها، ولكنها رفعت دعوى التفريق للعقم فدفع الزوج بعلمها ورضاها فينبغي سماع هذا الدفع والسير به حسب الأصول، فالقاعدة المحكمة أن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

ولا يرد على ما سبق استثناء الفقهاء للعنة؛ حيث إنه متعلق بمحل عقد النكاح، أما بالنسبة للتراخي أو الفورية بالطلب ،فيرى الباحث أن الأليق بمرض كالعقم إعمال مذهب الحنفية، حيث إن العقم لا يتصور معه الضرر بشكل يومي، بل ضرره يكون بالحكم على الزوجة أن تكمل حياتها مع زوجها العقيم مع طلبها الولد، وهكذا إن تبين للزوجين عقم الزوج، فلابد من إعطائهم فرصة للعلاج ومحاولة الإنجاب، وبعد ذلك إن فشلت هذه المحاولات، يكون الخيار للزوجة بطلب التفريق، أما أن يكون التفريق مشروطا به الفورية أو عدم تسليم النفس للمريض ففيه حرمان للأسر من فرصة الاستمرار وأضرار لاحقة بكلا الزوجين وتعارض مع مقاصد الشريعة من الحفاظ على الأسرة. وا أعلم

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ، ج٤ ص٣٤٣ وابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٢٠٢

المبحث الثاني

مستجدات التفريق للجنون ومستندها

استجد في قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ أن فرق بين نوعين من الجنون في إجراءات دعوى التفريق للجنون، أما الجنون الذي لا يرجى برؤه فجعل التفريق حالا، أما إن كان مرجو البرء فيؤجل التفريق لمدة سنة ،حيث جاء في المادة رقم ١٢٠ في القانون السابق (إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة فإذا لم تزل الجنة في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق).

أما المادة التفريق للجنون رقم ١٣٥ في القانون الجديد فنصها (إذا جن الزوج بعد عقد الزواج وطلبت الزوجة من القاضي التفريق فان كان هناك تقرير طبي بان هذا الجنون لا يزول فرق القاضي بينهما بالحال، وإذا كان من الممكن زواله يؤجل التفريـق لمدة سنة فإذا لم تزل الجنة في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتـفريق)[١].

وباستعراض المذاهب التي جعلت للزوجة حق طلب التفريق للجنون فنجد القانون قد أخذ برأي المالكية إذ فرقوا بين مرجو البرء وغيره من الأمراض، وأن المرجو برؤه يؤجل لمدة سنة أما غير المرجو برؤه فلا يؤجل ويشمل هذا الجنون من الأمراض[٢].

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الجنون إن ثبت كان الخيار للتفريق دون تأجيل[٣].

---

(١) أنظر القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦

(٢) أنظر الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢ ص ٢٧٢

(٣) أنظر الشربيني، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج ٤، ص٣٤٠ و٣٤٣-٣٤٥ المقدسي عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: ٦٢٤هـ) العدة شرح العمدة ج١، ص ٤١٨، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.

رأي الباحث

إن مسألة التأجيل في التفريق للمرض حكمتها إمكانية الشفاء كما للتفريق للعنة، فإن كان الجنون غير قابل للشفاء وأفادت البينة العلمية بذلك فلم يبق هناك داع للتأجيل، والعكس الصحيح، فحتى لا يبقى تأجيل للدعوى مدة عام بما فيه من ضرر من غير داع كانت هذه المادة، والأمر موكول إلى البينة العلمية القطعية التي لا تحتمل شكا.

الفصل الرابع

مستجدات التفريق للشقاق والنزاع

تمهيد

المبحث الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المبحث الثاني: المستجد الأول التوسع في مفهوم الضرر

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المطلب الثاني: مستند التوسع

المبحث الثالث: المستجد الثاني (التحقق والشهادة على التسامع)

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المطلب الثاني: التحقق

الفرع الأول: تعريف التحقق

الفرع الثاني: مستند مستجد التحقق

المطلب الثالث: الشهادة على التسامع

الفرع الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

الفرع الثاني: تعريف الشهادة على التسامع

الفرع الثالث: مستند قبول الشهادة على التسامع

المبحث الرابع: المستجد الثالث إسقاط القانون لشرط الرجولة في التحكيم

المطلب الأول: وجه الاختلاف بين القانونين

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في تحكيم المرأة

المبحث الخامس: المستجد الرابع تقييد مقدار العوض

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المطلب الثاني: مستند تقدير العوض فقها

الفصل الرابع

مستجدات التفريق للشقاق والنزاع

تمهيد

جلى الشارع الكريم مقصده من عقد الزواج في قول رب العالمين (ومِن آياتِهِ أَن خَلَقَ لَكُم مِن أَنْفُسِكُم أَزواجا لِتَسكُنُوا إِلَيها وجعلَ بينَكُم مودةً ورحمةً إِن فِي ذَلِك لَآياتٍ لِقَومٍ يتَفَكرون) (الروم: ٢١).

وعليه فإن أضر أي من الزوجين بصاحبه ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية أو ظهر شقاق ونزاع مستحكم بينهما، لا يمكن معه تحقيق مقاصد الزواج ويحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق وفي معاناة لا تتوقف عند الزوجين و تتعدى للأولاد والأقارب ،فإن ذلك يكون سببا لطلب التفريق لدى القضاء للشقاق والنزاع والضرر.

وهذا ما نبهت إليه الأسباب الموجبة للقانون السابق لمادة الشقاق والنزاع التي جاء فيها (إن وقوع النزاع والخلاف بين الزوجين يسبب ضررا كبيرا لهما ولأولادهما ويهدم كيان الأسرة، وقد تعددت الحوادث التي شغلت المحاكم الشرعية سنين طويلة بسبب النزاع دون الوصول إلى نتيجة حاسمة تقضي على هذه المشاكل ،ولما كان مذهب الحنفية لم يعالج هذه المسألة علاجا شافيا بما يدفع ضررها ،وبما أن مذهب الإمام مالك يجيز للزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها إذا تضررت من زوجها، وبما أن قانون العائلة العثماني الذي كان معمولا به أجاز للزوج حق طلب التفريق بسبب النزاع والشقاق كما هو للزوجة، ولما في ذلك من المساواة

في تحقيق العدالة بين الزوجين فقد رؤي الأخذ بهذا القول فوضعت المادة ١٣٢ مع فقراتها من قانون الأحوال الشخصية على هذا الأساس)[١].

ويلاحظ أن القانون دمج بين التفريق للضرر والتفريق للشقاق والنزاع، وهما بابان مفترقان من أبواب التفريق في المذهب المالكي،ويرى الباحث أن المذهب المالكي جعل التفريق للضرر الدرجة الأولى من المحاكمة فإن لم يثبت الضرر كان للمدعي طلب التفريق للشقاق والنزاع، فنوعا التفريق يجتمعان من حيث سبب التفريق وهو الضرر اللاحق بالمدعي، ويجتمعان من ناحية الأثر وهو ورفع الضرر، أو إنهاء الشقاق والنزاع بالطلاق البائن، ويفترقان في بعض نواحي السير في أدوار الدعوى[٢].

---

(١) أنظر الداود، أحمد محمد علي الداود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ج١، ص ٢٣٤، دار الثقافة، ط٣، عام ٢٠١١

(٢) أنظر المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد ا المواق (ت ٨٩٧)، التاج والإكليل لمختصر خليل (ج ٥ ٢٦٣)، الناشر دار الكتب العلمية ط١ سنة النشر ١٤١٦-١٩٩٤ والحطاب، شمس الدين أبو عبد ا محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ص١٦، ج ٤، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، وزيدان، الدكتور عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة ج٨، ص٤١٤، وص ٤٣٧، والجنيدي، علي حسين الجنيدي، التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ص٢٢٢، ط١، دار صادر، ٢٠١٠.

المبحث الأول

بيان وجه الاختلاف بين القانونين

استجد في قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ أحكام عدة في باب التفريق للشقاق والنزاع، كالتوسع في بيان مفهوم الضرر، وقناعة القاضي بوجود الشقاق والنزاع من خلال التحقق في حال ادعاء الزوجة، وقبول الشهادة المبينة على التسامع في دور الإثبات عند ادعاء الزوج، وتقييد العوض في تقرير الحكميين، وإسقاط شرط الرجولة من صفات الحكمين.

وهذا نص المادة الجديدة

- التفريق للشقاق والنزاع

المـادة (١٢٦):

لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا ادعى ضرراً لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسياً كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنوياً، ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية المشار إليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون بحيث:-

أ- إذا كان طلب التفريق من الزوجة وتحقق القاضي من ادعائها، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الصلح بينهما و أصرت الزوجة على دعواها أحال القاضي الأمر إلى حكمين.

ب- إذا كان المدعي هو الزوج واثبت وجود الشقاق والنزاع، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملاً

بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا لم يتم الصلح وأصر الزوج على دعواه أحال القاضي الأمر إلى حكمين.

ج- يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي اثنين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح.

د- يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثها معه، وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقراها ودونا ذلك في محضر يقدم إلى المحكمة .

هـ - إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يزيد على المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج، قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بغير المقبوض من مهرها و توابعه ونفقة عدتها .

و- إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين، قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما للآخر، وإن جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه من أيهما بشرط أن لا يزيد على مقدار المهر وتوابعه.

ز- إذا حكم على الزوجة بأي عوض وكانت طالبة التفريق فعليها أن تؤمن دفعه قبل قرار الحكمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله، وفي حال موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل، ويحكم القاضي بذلك أما إن كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين.

ح- إذا اختلف الحكمان حكّم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية.

ط- على الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً لأحكام هذه المادة.

المـادة (١٢٧):

أ- مع مراعاة الفقرة (أ) من المادة (١٢٦) من هذا القانون يثبت الشقاق والنزاع والضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ويكفي فيه الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين.

ب- الحكم الصادر بالتفريق للنزاع والشقاق يتضمن الطلاق البائن.

أما مادة الشقاق والنزاع في القانون السابق

- التفريق للنزاع والشقاق

المادة (١٣٢):

إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولا أو فعلا بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية

أ- إذا كان طلب التفريق من الزوجة وأثبتت إضرار الزوج بها، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح انذر الزوج بأن يصلح حاله معها واجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكمين.

ب- إذا كان المدعي هو الزوج واثبت وجود النزاع والشقاق، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح اجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر إلى حكمين.

ج- يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وان يكون احدهما من أهل الزوجة، والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وان لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح.

د- يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع جيرانهما أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه، وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقراها.

هـ- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه.

و- إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين، قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وان جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما.

ز- إذا حكم على الزوجة بأي عوض وكانت هي طالبة التفريق فعليها أن تؤمن دفعه قبل قرار الحكمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله، وفي حالة موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك، أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضا فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين.

ح- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما ثالثا مرجحا، وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية.

ط-على الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقا لأحكام هذه المادة.

المادة: (١٣٣)

الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن[1].

---

(١) أنظر القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦.

المبحث الثاني

المستجد الأول (التوسع في مفهوم الضرر)

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

توسع القانون الجديد في بيانه لمفهوم الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، إذ جاء النص في القانون القديم أنه إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولا أو فعلا بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية.

وكان الادعاء وفق هذه المادة يحتوي على الأركان التالية: (ظهور الشقاق والنزاع واستحكم، وأضر المدعى عليه بالمدعية أو المدعية بالمدعى عليه قولا وفعلا أو أحدهما مع تفصيل للضرر، بحيث لا يمكن مع هذا الضرر استمرار الحياة الزوجية، مع عدم إمكانية الإصلاح لاستحكام الشقاق والنزاع ولو تدخل المصلحون)[1].

وتكاد تكون صور الضرر في القانون القديم محصورة حسب اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في الضرب المبرح أو السب والشتم، فقد جاء في أحد القرارات الاستئنافية أثناء تطبيق القانون القديم، (إن فسق الزوج وإقراره على نفسه بالزنا وشرب الخمر لا يوجب تطليق الزوجة، أي إن فسق الزوج وتلبسه بهذه المنكرات والرذائل لا يعتبر موجبا للتفريق ما لم يتعد أثر الفسق إلى الزوجة، فلا يطلق القاضي إلا إذا أثبتت الزوجة أن زوجها قد ألحق بها الضرر بما ارتكب قولا أو فعلا)[2].

---

(١) الداود، أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج٢ ص ٢٣٨، دار الثقافة، ط١ ٢٠٠٩، والقرارات الاستئنافية منها ٢٠٠٤\١٤٧ اربد والعبد ، القاضي فليح محمد العبد ا ، المجالس الشرعية والمبادئ القضائية، ج١، ص ٦٣٨، دار الثقافة، ط١، ٢٠٠٩.

(٢) القرار الاستئنافي رقم ٢٢٧٥٣ تاريخ ١٨-٢-١٩٨٢.

فالقانون السابق لم يذكر أمثلة للضرر، بيد أن المشرع توسع في مفهوم الضرر في القانون الجديد، وقسمه إلى نوعين مادي ومعنوي فجاء في مادة التفريق للشقاق والنزاع (أن لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا ادعى ضرراً لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسياً كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنوياً، ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية).

المطلب الثاني: مستند هذا التوسع ودليله

مستند هذا التوسع في بيان الضرر مستقى من الأمثلة التي ساقها الفقهاء للضرر في باب الشقاق والنزاع أو التفريق للضرر، فعند استعراض أقوال المذاهب في هذه المسألة نجدهم ذكروا أشكالا وصورا للضرر الذي يدعيه طالب التفريق.

ففي المذهب الشافعي توسع في ذكر صور الضرر إذ جاء فيه (فإذا ظهر من الزوج النشوز بأن منعها ما يجب لها من نفقة وكسوة وقسم وغير ذلك، أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة عدل ليستوفى لها حقها، إن ادعى كل واحد منهما على صاحبه النشوز بمنع ما يجب عليها أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة ليشرف عليهما، فإذا عرف الظالم منهما منعه من الظلم)....فإذا تجاوز الأمر حده إلى التشاتم أو الضرب أو تمزيق الثياب، بعث الحاكم حكمين ليجمعا بينهما أو يفرقا لقوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها)[1].

---

(١) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى : ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، ج١٦، ص ٤٥٢ -٤٥٤، دار الفكر

أي أن المذهب جعل من ادعاء المدعي أن المدعى عليه مخل في أداء الحقوق والواجبات، وكذلك نجد في الفقه الحنفي مصدرا لتوسع القانون بأن تقصير أحد الزوجين في حقوق صاحبه يعتبر من الضرر الذي يؤدي إلى تعذر استمرار الحياة الزوجية حيث جاء فيه (ولو ادعى النشوز وادعت ظلمه وتقصيره في حقها، يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق، وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما)[(١)].

ونص المذهب المالكي على أنه إذا ثبت ظلم أحد الزوجين للآخر، حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما، ومن صور دواعي التفريق عند طلبه أن يخرج الزوجان عن الحياة الزوجية الطبيعية إلى ما لا يحل من المشاتمة والوثوب[(٢)].

وذكر الحطاب رحمه ا من صور الضرر: (مِن الضرر قَطْع كَلَامِهِ عنْها، وتَحويلُ وجهِهِ فِي الْفِراشِ عنْها، وإِيثَار امرأَةٍ علَيها، وضربها ضربا مؤْلِما)[(٣)].

ويذكر القرطبي رحمه ا في تفسيره لقوله تعالى {وإِن خِفْتُم شِقَاقَ بينِهما} (فكأن كل واحد من الزوجين يأخذ شقا غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحية صاحبه....أي وإن خفتم تباعد عشرتهما وصحبهما[(٤)].

(١) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير على الهداية، ج٤، ص ٢٤٤، دار الفكر بيروت والتفريق بمعنى الفرقة بين الزوجين والجمع يعني الإبقاء على الحياة الزوجية.

(٢) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، (ج٥، ص ٢٦٤)، دار الفكر سنة النشر ١٣٩٨ بيروت.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص١٧.

(٤) أبو عبد ا محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي ج٥ ص ١٧٤ _١٧٦ تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة الطبعة : الثانية ، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.

وذكر الحنابلة في هذا الباب من التفريق أن أحد الزوجين يدعي ظلم صاحبه له وعدوانه[(١)] وجاء في المغني (وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد، أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه، اسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف، فإن لم يتهيأ ذلك، وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان، بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول ا تعالى: {وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق ا بينهما}[(٢)].

رأي الباحث

يرى الباحث أن التوسع في مفهوم الضرر الذي أدى إلى الشقاق والنزاع وتعذر استمرار الحياة الزوجية له مستنده الفقهي كما اتضح مما سبق، والتمثيل لصور الضرر المادي والمعنوي في القانون يسر مهمة القاضي ودرأ اختلاف الهيئات القضائية في تفسيرها لمعنى الضرر؛ وذلك بتفسير الضرر المقصود والذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية بدلا من أن تكون مسألة الضرر مسألة اجتهادية فتختلف الهيئات في تكييفهم للأفعال أو الأقوال أتعتبر ضررا أم لا؟

ويرى الباحث أن القيد الذي وضعته المادة للضرر وهو (أن يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية) دفع إشكالية أن أي ضرر أو تقصير في واجب من الواجبات يخول صاحبه رفع هذه الدعوى وطلب التفريق، بل لا بد أن يكون ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية.

---

(١) ابن قدامة، أبو محمد عبد ا بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ج٣، ص ٩٣، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م.

(٢) ابن قدامة، أبو محمد عبد ا بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) المغني لابن قدامة ج٧، ص ٣٢٠، مكتبة القاهرة تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

وأدرج هنا الباب الثالث من القانون الذي ذكر فيه مجموعة من الحقوق والواجبات التي ردت إليها مادة الشقاق والنزاع مفهوم الحقوق والواجبات.

الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون وباستعراض ما ذكره القانون مثالا على هذه الحقوق والواجبات نجد أن المادة نصت على ما يلي:

الفصل الثالث: المسكن والمتابعة

الـمادة (٧٢):

يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته أو عمله وعلى الزوجة بعد قبض مهرها المعجل متابعة زوجها ومساكنته فيه، وعليها الانتقال إلى أي جهة أرادها ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي خلاف ذلك، فإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة.

الـمادة (٧٣):

يجب أن يكون المسكن بحالة تستطيع الزوجة معها القيام بمصالحها الدينية والدنيوية وأن تأمن فيه على نفسها ومالها.

الـمادة (٧٤):

ليس للزوج أن يسكن أهله وأقاربه معه دون رضا زوجته في المسكن الذي هيأه لها ولها الرجوع عن موافقتها على ذلك، ويستثنى من ذلك أبناؤه غير البالغين وبناته وأبواه الفقيران إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما استقلالاً وتعين وجودهما عنده، وذلك بشرط عدم إضرارهم بالزوجة وأن لا يحول وجودهم في المسكن دون المعاشرة الزوجية.

الـمادة (٧٥):

ليس للزوج أن يسكن مع زوجته زوجة أخرى له في مسكن واحد بغير رضاهما.

المـادة (٧٦):

ليس للزوجة أن تسكن معها أولادها من زوج آخـر أو أقاربها دون رضا زوجها إذا كان المسكن مهيئاً من قبله، أما إذا كان المسكن لها فلها أن تسكن فيه أولادها وأبويها .

المـادة (٧٧):

على كل واحد من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر ومعاملته بالمعروف، وإحصان كل منهما للآخر، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة .

المـادة (٧٨):

على الزوج أن لا يمنع زوجته من زيارة أصولها وفروعها وإخوتها بالمعروف، وعلى الزوجة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة.

المـادة (٧٩):

على من له أكثر من زوجة أن يعدل بينهن في المعاملة كالمبيت والنفقة.

وعلى هذا إذا ذكر في الادعاء أن المدعى عليه أو عليها أضر بالمدعي ومن صور الضرر أن المدعى عليه يقصر في الواجبات والحقوق الزوجية مثاله أنه لا يعدل بين زوجتيه أو يمنع زوجته من أصولها أو فروعها أو أن المسكن غير شرعي فهل طريق حل هذا التقصير التفريق، أم لا بد من التفريق بين التقصير وديمومة التقصير والإصرار عليه والذي يؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية، فالحالة الأولى لا تتفق مع منطق التفريق للشقاق والنزاع فإذا كان منزل إحدى الزوجتين أفضل من الأخرى كان لها الحق بالطالبة بمسكن مماثل وهكذا كل حق من الحقوق فالتفريق مهم بين التقصير وبين أن هذا التقصير أدى إلى الشقاق والنزاع بسبب استمراره وديمومته.

المبحث الثالث

المستجد الثاني (التحقق والشهادة على التسامع)

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

اشترط القانون القديم إثبات دعوى الشقاق والنزاع، وكلمة الإثبات منصرفة إما إلى البينة الشخصية المستمعة المقنعة، وهي شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين يشهدون على معاينة الضرر أو الشقاق والنزاع، أو البينة الخطية على عناصر الدعوى كأن يذكر فيها إقرار من المدعى عليه على عناصر الدعوى، أو نكول المدعى عليه عن حلف اليمين الشرعية على نفي الدعوى عند عجز المدعي عن الإثبات[١].

بينما أناط القانون الجديد الأمر بتحقق القاضي من وجود الشقاق والنزاع في حال أن الزوجة هي المدعية، وأجاز أن تكون الشهادة على التسامع في حال أن الزوج هو المدعي.

المطلب الثاني: التحقق

الفرع الأول: تعريف التحقق

التحقق لغة: تحقق الأمر صح ووقع وعرفت حقيقته[٢].

التحقق اصطلاحا <u>هو وجود بينات أو قرائن أو دلائل لأحوال التي تصنع في وجدان المحكمة قناعة بوجود الشقاق والنزاع بين الطرفين المتداعيين</u>[٣].

فالتحقق طريق معتبرة للقاضي للوصول إلى القناعة بوجود الشقاق والنزاع، وعلى هذا فالتحقق يشمل البينة بشقيها المستمعة والخطية، كما يشمل الشهادة على السماع، كما تشمل

---

(١) أنظر المادة ١٣٦ من القانون القديم إذا كان طلب التفريق من الزوجة وأثبتت إضرار الزوج بها وجاء فيه إذا كان المدعي هو الزوج واثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده

(٢) مجموعة مؤلفين، المجمع الوسيط، ج١ ص ١٨٨

(٣) القرار رقم ٨٠٨٠٩-٢٠١١ تاريخ ١٨-٨-٢٠١١ ونعني بالتحقق هنا التحقق من وجود الشقاق والنزاع.

اعتماد القرائن المعتبرة سواء كانت إمارة بالغة حد اليقين[١] أو أمر يشير إلى المطلوب[٢] مثاله الوثائق الخطية التي تتضمن وجود مشاكل مستمرة بين الزوجين لدى الجهات المختصة.

الفرع الثاني: مستند التحقق

وباستعراض نصوص المذهب المالكي[٣] في هذه المسألة نجد أن المذهب أتاح للقاضي عدة طرق للتحقق من استحكام الشقاق والنزاع، ولم يحصره في البينة المعتادة.

جاء في التاج والإكليل في بعث الحكمين بمجرد تشاجر الزوجين وشكوى أحدهما الآخر ولا بينة (إن تكررت شكواهما بعثهما لهما -أي الحكمين -..... وسألهما إقامة البينة على ما زعماه من الإضرار، فذكر أن لا بينة لهما وأشكل عليه من المضر بصاحبه منهما، فدعاهما الصلح فأبياه فلم يكن بد من توجه الحكمين، فوجه لذلك فلانا وفلانا فظهر لهما أن كل واحد منهما مسيء إلى صاحبه فأسقط عن فلان نصف الكالىء، أو ظهر لهما أن فلانة هي المتعدية بالإضرار دونه فحكما بأن أسقطا عنه جميع كالئها، أو ظهر لهما الإضرار من قبله ففرقا بينهما بطلقة بائنة)[٤] ويستفاد مما سبق أن تكرر الشكوى كانت قرينة للقاضي أن يبعث الحكمين إلى الزوجين، أي أن تكرار الشكوى شكل قناعة لدى القاضي بوجود الشقاق والنزاع.

وينقل ابن فرحون ما نصه (فَإِذَا كان إضراره بِها - أي الزوج بالزوجة - مشْهورا معروفًا حتى تَواطأَ سماعهم علَى ظُلْمِهِ لَها فِي إساءَةِ عِشْرتِها فِي غَير ذَنْبٍ مِنْها تَستَوجِب بِهِ مِثْلَ ذَلِك، وشَهد علَى ذَلِك النساء الْعدولُ، أَو غَيرهن مِن الرجال علَى سماعِهِم مِن النساءِ، طَلَّقَها

---

(١) المادة ١٧٤١ من المجلة أنظر: حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام(ج ٤ ص ٤٨٤)، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م

(٢) الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، التعريفات ج١ ص ١٧٤ دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ط١ ١٤٠٣هـ -١٩٨٣

(٣) وهو المذهب الذي استمدت منه مادة التفريق للشقاق والنزاع كما أشارت الأسباب الموجبة سابقا

(٤) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٥، ص ٢٦٤

عَلَيهِ السلْطَان)[1]، وفي هذا مستند للتحقق مع النساء وحدهن في مغايرة للقاعدة المعمول بها في الشهادة من شهادة رجلين أو رجل وامراتين، تحقيقا للعدالة مما قد لا يطلع عليه إلا النساء وحدهن.

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما مفاده أنه إذا ادعت الزوجة الضرر وعجزت عن الإثبات أو ادعى كل منهما الضرر وتكررت الشكوى بين الطرفين وعجز أحد الطرفين عن بيان من المضر فيسكنهم الحاكم بين جيران صالحين فإذا استمر الأمر على ما هو عليه واستمر الإشكال بعث الحاكم الحكمين[2].

فالقاضي هنا ينتقل إلى دور آخر في هذه القضية وهي إسكانهم بين جيران صالحين، في محاولة للإصلاح على اعتبار ثبوت القضية فإن لم يتم الصلح وبقي الشقاق مستحكما بعث القاضي الحكمين.

وفي تحقق الحكمين مع المتداعيين وهما ممثلان عن القاضي عند المالكية ذكر القرطبي (ويقال: أن الحكم من أهل الزوج يخلو به ويقول له: أخبرني بما في نفسك أتهواها أم لا حتى أعلم مرادك ؟ فإن قال: لا حاجة لي فيها خذ لي منها ما استطعت وفرق بيني وبينها، فيعرف أن من قبله النشوز. وإن قال: إني أهواها فأرضها من مالي بما شئت ولا تفرق بيني وبينها، فيعلم أنه ليس بناشز. ويخلو [الحكم من جهتها] بالمرأة ويقول لها: أتهوين زوجك أم لا، فإن قالت: فرق بيني وبينه وأعطه من مالي ما أراد، فيعلم أن النشوز من قبلها. وإن قالت: لا تفرق بيننا ولكن حثه على أن يزيد في نفقتي ويحسن إلي، علم أن النشوز ليس من قبلها. فإذا ظهر لهما

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام ، ج١، ص ٤٣٤

(٢) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، ص ٣٤٤

الذي كان النشوز من قبله يقبلان عليه بالعظة والزجر والنهى؛ فذلك قوله تعالى: {فَابعثُوا حكماً مِن أَهلِهِ وحكماً مِن أَهلِها}[١].

وقد ذكر ابن القيم أن الحق لا تحصر طرق معرفته بالبينة الشخصية أو الإقرار فالبينة كما قال (اسم لِكُل ما يبين الْحق ويظْهره ومن خَصها بِالشاهِدين، أَو الْأَربعةِ، أَو الشاهِدِ لَم يوف مسماها حقه)[٢].

ويؤيد هذا ما جاء في البحر الرائق نقلا عن ابن الغرس[٣] (والْحجةُ إما الْبينَةُ أَو الْإِقْرار أَو الْيمِين أَو النكُولُ عنْه أَو الْقسامةُ أَو عِلْم الْقَاضِي بِما يرِيد أَن يحكُم بِهِ أَو الْقَرائِن الدالةُ علَى ما يطْلُب الْحكْم بِهِ دلَالَةً واضِحةً بِحيثُ تُصيره فِي حيزِ الْمقْطُوعِ بِهِ)[٤].

وقد نقل ابن فرحون أكثر من خمسين مسألة من المسائل التي يتوصل بها إلى القناعة بواسطة القرائن[٥].

وتجدر الإشارة هنا أن قانون العائلة العثماني الذي كان عليه العمل قبل قانون الأحوال الشخصية الأردني قد جاء فيه (إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ على القاضي بعد التثبت من الشقاق والنزاع وعجزه عن الإصلاح بينهما بعث حكمين)

---

(١) القرطبي، تفسير القرطبي ج٥، ص ١٧٤ -١٧٦

(٢) ابن القيم، ابن القيم محمد بن أبي بكر الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، الطرق الحكمية، ج١ص ١١، مكتبة دار البيان.

(٣) ابن الغرس، محمد بن محمد بن محمد بن خليل، أبو اليسر، البدر ابن الغرس: فاضل، من فقهاء الحنفية، له شعر حسن. مولده ووفاته بالقاهرة. والغرس لقب جده أنظر الأعلام الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦هـ،،الأعلام ،ج٥، ص٤٦، الناشر: دار العلم للملايين الطبعة: الخامسة عشر – ٢٠٠٢.

(٤) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،ج٧ ص ٢٠٥ : دار الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية.

(٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج ٢ ص ١٢٠-١٢٥.

فجعل الأمر إلى تثبت القاضي الذي كان مشتركا مع التحقق من ناحية آلية عمل القاضي في الوصول إلى القناعة بوجود الشقاق والنزاع[١].

وفيما سبق من النقول مدعم لما ذهب إليه القانون من أن قناعة القاضي يمكن التوصل إليها من خلال التحقق ولا تشترط البينة الكاملة ولكن على القاضي أن يستند إلى القرائن الدالة على وجود الشقاق والنزاع عند عدم البينة ولا يصح الركون إلى مجرد دعوى أحد الزوجين.

ويعرض الباحث مجموعة من الاجتهادات الاستئنافية المتعلقة بمسألة التحقق، فقد كان اجتهاد محكمة الاستئناف سابقا أن الضرر أو الشقاق والنزاع لا بد من إثباته بالبينة الكاملة أي بشهود عاينوا الضرر، أو بينة خطية على عناصر الدعوى، أو نكول، حيث جاء في اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية أن كلمة (أثبت) جاءت في مادة الشقاق والنزاع في القانون القديم مطلقة، وعليه ينصرف ذلك الى البينة الكاملة، وهي البينة الشرعية بما تتحقق به، فلابد من الإثبات ولا يكفي تحقق القاضي، وليس للقاضي حرية السير في الدعوى لإثبات الدعوى، والقناعة بها.

ولكن بعد تعديل القانون وإضافة كلمة التحقق، والذي عرفته محكمة الاستئناف بأنه: وجود بينات أو قرائن أو دلائل لأحوال التي تصنع في وجدان المحكمة قناعة بوجود الشقاق والنزاع بين الطرفين المتداعيين[٢] اختلاف سير المحاكم في القناعة بوجود الشقاق والنزاع، مثاله أن محكمة الاستئناف الشرعية وأثناء تطبيق القانون السابق فسخت قرارا لمحكمة بداية كان القاضي فيه قد توصل إلى القناعة بوجود الشقاق والنزاع من ملاحظة استمرارية إقامة الدعاوى

(١) أنظر القرار الاستئنافي رقم ٢٣٥٧٠ تاريخ ١٢-٣-١٩٨٣ والداود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ج١ ص ٢٦٣-٢٦٤

(٢) القرار رقم ٨٠٨٠٩-٢٠١١ تاريخ ١٨-٨-٢٠١١

بين الطرفين، وقد علقت محكمة الاستئناف الشرعية أنه لابد من البينة الشرعية على الضرر وظهور الشقاق والنزاع وعدم إمكانية استمرار الحياة الزوجية[(١)].

بينما نجد أن محكمة الاستئناف الشرعية وبعد العمل بالقانون الجديد، صدقت عمل محاكم البداية عندما كان أحد أسباب تحققها من وجود الشقاق والنزاع هو تكرر الدعاوى بين الطرفين المتداعيين حيث جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف الشرعية (إن الفقرة (أ) من المادة ١٢٦) نصت على (تحقق القاضي) وقد تحققت المحكمة من وجود الشقاق والنزاع بالتحقيق مع ثلاثة من أقاربها بالإضافة إلى وجود شكاوى جزائية بين جهة كل من طرفي الدعوى مما ولد القناعة لدى المحكمة الابتدائية بوجود الشقاق والنزاع وهذه المحكمة الاستئنافية تؤيد قناعتها بذلك[(٢)]، ويؤيد هذا التوجه ما نص عليه المذهب المالكي على أن تكرر الشكوى من قبل المتداعيين على بعضهما يخول القاضي بعث الحكمين لهما[(٣)].

ومثاله أيضا أن محكمة الاستئناف كان تعتبر إقرار المدعى عليه بوجود المشاكل لا يشكل إقرارا بوجود الشقاق والنزاع[(٤)]، بينما ذكرت محكمة الاستئناف وبعد العمل بالقانون الجديد أن ذكر المدعى عليه للمشاكل بينه وبين المدعية أمام الحكمين جبر التقصير في تحقق المحكمة[(٥)].

كما اختلف السير في آلية سماع الشهود، فالقانون السابق كان يوجب على المحكمة وقبل إعلان القناعة بشهادة من شهد وبعد القرار بالمطابقة عليها أن تسأل المدعى عليه عن الشهود

---

(١) القرار الاستئنافي رقم ٢٧٤١٣تاريخ ٢٦-٢-١٩٨٧ الداود ج ١ ص ٢٦٩-٢٧٠

(٢) القرار رقم ٧٩٣٨٤ تاريخ ١٢-٦-٢٠١١

(٣) أنظر القرارات الاستئنافية رقم ٧٩٨٣٤ تاريخ١٢-٦-٢٠١١، والمواق، التاج والإكليل لمختصر خليل ج٥ ص ٢٦٣.

(٤) القرار رقم ٢٨٤٤٠ تاريخ ١-١-١٩٨٨

(٥) القرار رقم ٨٠٨٠٨٩ تاريخ ١٠-٨-٢٠١١

والشهادة إن كان لديه طعون، إذ هي بينة كاملة، بينما في تطبيق التحقق في القانون الجديد فصادقت محكمة الاستئناف الشرعية قرار محكمة البداية الذي تحقق من وجود الشقاق والنزاع بعد سماع الشهود دون سؤال المدعى عليه عن الشهود وشهادتهم، إذ جاء في القرار (إن سماع محكمة البداية للمدعى عليها وللشهود كان من قبيل التحقق بدليل أنها لم تسأل المستأنف عما يقوله في شهادتهم وأخذت بأقوالهم جميعاً بما فيهم المستأنف عليها...... أما الاستئناف فيجاب عنه بأن الشقاق والنزاع موجود بما تحققت منه المحكمة وبغض النظر عن الباعث على رفع الدعوى من قبل المستأنف عليها..... كما أن آلية التحقق التي اتبعتها المحكمة بسماع أقوال الشهود صحيحة لأن المحكمة مكلفة بالتحقق وهو يغاير تكليف المستأنف عليها الإثبات وما استمعته المحكمة يعتبر كافياً للتحقق وهذه المحكمة الاستئنافية تؤيد ذلك)[1].

وصدر عدد من القرارات الاستئنافية ضابطا للتحقق، بأنه لا بد فيه من طريق معتبر للوصول إلى القناعة، وإن لم تكن بينة كاملة، وذلك في لفت نظر من محكمة الاستئناف لمحكمة البداية عندما توصلت للقناعة بالتحقق مع المدعية ووالدها فكان التعقيب (ويلفت نظر المحكمة الابتدائية أنها استندت في تحققها لسماع أقوال المدعية ووالدها على الشقاق، وهذا لا يكفي للتحقق من الشقاق والنزاع؛ لأن أقوال المدعية لا تعدو أن تكون تكراراً لادعائها، وسماع والدها بدون يمين غير مقبول ؛لأن شهادة الأب لابنه أو ابنته المشفوعة باليمين غير مقبولة، فمن باب أولى أن لا تقبل أقواله المجردة عن اليمين..)[2].

---

(١) قرار رقم ٨٠٧٦٦تاريخ ١٧-٨-٢٠١١

(٢) أنظر القرار رقم٢٠١١/٨٠٠٥٦ تاريخ ٢٧-٦-٢٠١١وكذلك القرار ٧٩٨٢٣ -٢٠١١ تاريخ ١٢-٦-٢٠١١، ونفس المعنى بالقرار رقم٧٩٠٧٠١ -٢٠١١ تاريخ ٢٣-٥-٢٠١١

المطلب الثاني: شهادة التسامع

الفرع الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

خفف قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ من عبء الإثبات عن مدعي الضرر والشقاق والنزاع في حال كونه زوجا،بأن أجاز أن تكون شهادة شهوده مبنية على التسامع حيث جاء فيه (إذا كان المدعي هو الزوج واثبت وجود الشقاق والنزاع بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما).

وفي بيان من القانون لكيفية الإثبات (مع مراعاة الفقرة (أ) من المادة (١٢٦) من هذا القانون يثبت الشقاق والنزاع والضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويكفي فيه الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين).

والأصل في الشهادة أن يقطع الشاهد بشهادته وتكون شهادته مبنية على المعاينة وعلى العلم[1] لقوله تعالى {ولَا تَقْفُ ما لَيس لَك بِهِ عِلْمٌ} [الإسراء: ٣٦] وقوله صلى ا عليه وسلم فيما يرويه ابن عباس رضي ا عنهما قَالَ: سئِلَ النبِي صلى الله علَيهِ وسلم عن الشهادةِ، قَالَ: "هلْ

---

(١) أنظر أراء الفقهاء في أن الأصل في الشهادة المعاينة عند السرخسي، المبسوط ج ١٦ ص ١٥٠، وعند المالكية، الدردير الشرح الكبير ومعه، حاشية الدسوقي ج٤، ص ١٦٥، وعند الشافعية النووي، المجموع شرح المهذب ج٢، ص٢٦٧ ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ج٦ ص ٣٧٧-٣٧٨، وعند الحنابلة الراميني، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد ا ، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع للمرداوي، ج١١، ص٣١٧، لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي تحقيق عبد ا بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م. والبهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ) الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج١، ص٧٢٠، الناشر: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.

ترى الشمس"؟ قال: نعم. قال: "على مثلها فاشهد أو دع"[(١)] وكانت القرارات الاستئنافية أن الشهادة في الشقاق والنزاع لا تصح على التسامع[(٢)] واستثنى القانون الجديد ضابط المعاينة من الشهادة على وجود الشقاق والنزاع.

الفرع الثاني: تعريف الشهادة على التسامع

التسامع لغة: تسامع الناس بالكلام سمعه بعضهم من بعض وتناقلوه بينهم وشاع[(٣)].

التسامع اصطلاحا: لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع غير معين[(٤)] ومن تعريف التسامع: هو ما حصل من العلم بالتواتر أو بالشهرة أو غير ذلك، يقال: تسامع به الناس أي اشتهر عندهم، وسمعه بعضهم من بعض، وتسامع الناس بفلان: شاع بينهم عيبه[(5)].

وجاء في التاج والإكليل أن شهادة التسامع هي من الشهادات المبنية على ما استفاض خبره بين الناس، إذ لا بد أن يكون السماع فاشيا ظاهرا مستفيضا يقع به العلم ، فيرتفع عن شهادة السماع ويصير في باب الاستفاضة والضرورة[(٦)].

---

(١) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان من حديث ابن عباس رضي ا عنه أنظر، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) شعب الإيمان، باب الجود والسخاء حديث رقم ١٠٤٦٩، ج١٣، ص ٣٩٣.

تحقيق: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد ، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م

(٢) القرار رقم ٢٣٥٧٠ تاريخ ١٣-١٢-١٩٨٣ والقرار رقم ٣٠٢٩٧ تاريخ ١٠-٧-١٩٨٩ والقرار رقم ٣٤٨٤٥ تاريخ ٣٠-٩-١٩٩٢

(٣) مجموعة مؤلفين، المعجم الوسيط، ج١، ص ٤٩٩.

(٤) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٨، ص٢٢٦.

(5) الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج١١، ص ٢٧٧، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ) الطبعة الثانية، دار السلاسل – الكويت.

(٦) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٧، ص ٢٥٨.

الفرع الثالث: مستند القانون في هذا المستجد

المذهب الذي استمد منه القانون إثبات الشقاق والنزاع من خلال شهادة التسامع هو المذهب المالكي[١]، الذي عد الضرر بين الزوجين من المسائل التي يصح بها الشهادة بالتسامع، وعليه يكون المذهب المالكي هو المذهب الذي يرجع إليه في تفسير هذه المادة واستكمال أحكامها حسب ما نصت المادة ٣٢٤ من القانون.

جاء في تبصرة الحكام في سرد المسائل التي تصح فيها الشهادة على التسامع (وَمِنْهَا اسْتِفَاضَةُ الشهاداتِ الْمَشْهُودِ بِها عِنْدَ الْحكامِ فِي الْأَسبابِ الْقَدِيمةِ والْحدِيثَةِ، وفِي الْموتِ الْقَدِيمِ والْحدِيثِ، وفِي النكَاحاتِ الْقَدِيمةِ والْحدِيثَةِ، وفِي الْولَاءِ الْقَدِيمِ، وفِي الْأَحباسِ الْقَدِيمةِ وفِي الضرر يكُون بين الزوجين)[٢].

وذكر ابن جزي في القوانين الفقهية المسائل التي تصح فيها الشهادة بالتسامع، وعد منها الضرر بين الزوجين (تجوز الشهادة بِالسماع الفاشي فِي أَبواب مخْصوصة وهِي عشرون النكاح والرضاع والْحمل والولادة والْموت والنّسب والْولَاء والْحرية والأحباس والضرر وتولية القَاضِي وعزله وترشيد السفِيه والْوصِية وإِن فلَانا وصى والصدقَات المتقادمة والأشربة المتقادمة والْإِسلَام والْعدالَة والجرحة)[٣].

وقد شرط القانون لإثبات الشقاق والنزاع و الضرر من خلال التسامع أن يشهد رجلان أو رجل وامرأتان، وأن يكون التسامع مبنيا على الشهرة في نطاق حياة الزوجين.

---

(١) حيث لم تعد المذاهب الفقهية الأخرى الضرر بين الزوجين مما يثبت بالتسامع أنظر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٦، ص ٢٦٦ -٢٦٧، والسرخسي، المبسوط، ج١٦، ص١٥٠، والنووي المجموع شرح المهذب ج٢، ص٢٦٧، تكملة محمد نجيب المطيعي والشربيني مغني المحتاج ج٦، ص٣٧٨ ٣٧٧، والراميني الفروع و معه تصحيح الفروع للمرداوي ج١١، ص ٣١٧، والبهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج١، ص ٧٢٠.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص٢٠٠

(٣) ابن جزي، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ) القوانين الفقهية ج١، ص ٢٠٦.

ونستعرض شروط الشهادة على التسامع في المذهب المالكي لمعرفة مصدر القانون في شروطه ولنعرف الشروط التي يجب تطبيقها في ما سكت عنه القانون في ضوابط التسامع:

١- أن يكون السماع بناء على ما اشتهر وكان فاشيا، ومن المالكية من اشترط أن يكون فاشيا عن الثقات، ومنهم من لم يشترط هذا الضابط والإطلاق هو الراجح في المذهب سواء كان السماع فاشيا عن الثقات أم غيرهم.

جاء في مواهب الجليل (لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ السماع فَاشِيًا عن الثقَاتِ وغَيرِهِم ...ثم قال ومذْهب الْمدونَةِ خِلَافُه ويحتَمِلُ أَن يكُون مراد الْمصنفِ أَنه يشْتَرطُ فِيها أَن يكُون السماع فَاشِيا سواء كان مِن الثقَاتِ أَو مِن غَيرِهِم وهذَا هو الراجِح......ثم قال (وَأَما كَونُه عن الثقَاتِ فَمِنْهم من شَرطَه ومِنْهم من لَم يشْتَرِطْه؛ لِأَن الْمقْصود أَن يحصلَ لِلشاهِدِ عِلْم أَو ظَن يقَارِبه وربما كان خَبر غَير الْعدل فِي بعضِ الْأَوقَاتِ مفِيدا لِما يفِيده خَبر الْعدل لِقَرائِن تَحتَف بِه)[1].

٢- أَن لَا يسموا[2] الْمسموع مِنْهم، وإِلَّا كان نَقْلُ شَهادةٍ فَلَا تُقْبلُ إذَا كان الْمنْقُولُ عنْهم غَير عدولٍ[3].

جاء في مواهب الجليل في صورة الشهادة (<u>وصِفَةُ الشهادةِ أَن يقُولُوا سمِعنَا سماعا فَاشِيا مستَفِيضا علَى أَلْسِنَةِ النساءِ والْخُدامِ والْجِيرانِ)</u>[4]

ونقل ابن فرحون عن معين الحكام وتَفْسِير شَهادةِ السماعِ: أَن يشْهد شَاهِدان أَو أَربعةٌ علَى الِاخْتِلَافِ فِي ذَلِك، أَنهم لَم يزالُوا يسمعون أَن هذِهِ الدار صدقَةٌ علَى بنِي فُلَانٍ، أَو أَن فُلَانًا مولَى فُلَانٍ، قَد تَواطَئُوا علَى ذَلِك عِنْدهم، وكَثُر سماعهم لَه وفَشَا حتى لَا يدرون ولَا يحفَظُون

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج٦، ص ١٩٢.

(٢) الصحيح يسموا - و ورجعت إلى نسخة أخرى للكتاب مطبعة القاهرة الحديثة ط١ -١٩٨٦ فوجدتها يسموا.

(٣) ابن فرحون تبصرة الحكام، ج١، ص٤٢٩.

(٤) الحطاب مواهب الجليل، ج٤، ص ٤٣.

مِمن سمِعوه، مِن كَثْرةِ ما سمِعوا بِهِ مِن الناسِ مِن أَهلِ الْعدلِ وغَيرِهِم، ولَا يكُون السماع بِأَن يقُولُوا سمِعنَا مِن أَقْوامٍ بِأَعيانِهِم[١].

٣- أَن يحلِفَ الْمشْهود لَه، قَالَ ابن محرزٍ: ولَا يقْضى لِأَحدٍ بِشَهادةِ السماعِ إلا بعد يمِينِهِ، لِاحتِمال أَن يكُون أَصلُ السماعِ مِن شَاهِدٍ واحِدٍ، والشاهِد الْواحِد لَا بد معه مِن الْيمِينِ.[٢]

٤- أَن يشْهد بِذَلِك اثْنَان فَصاعِدا، ويكْتَفَى بِهِما علَى الْمشْهورِ في المذهب[٣] جاء في مواهب الجليل قَالَ: ويكْفِينِي فِي ذَلِك عِنْدِي عدلَانِ والْعدولُ الْكَثِير أَحب إلَي وهو الْمشْهور الْمعمولُ بِهِ[٤]، و في المذهب رأي أن يكونا رجلين جاء في حاشية الدسوقي (ولها التطليق بالضرر متى شهدت بينة وهي هنا رجلان،لا رجل وامرأتان، ولا أحدهما مع يمين)[٥] ونقل ابن فرحون عن الإمام مالك جواز أن يثبت الضرر بشهادة العدول من النساء حيث نقل عن ابن القاسم (قَالَ ابن الْقَاسِمِ سأَلْت مالِكًا عن شَهادةِ السماعِ فِي ذَلِك فَقَالَ: لَا أَرى ذَلِك يخْفَى علَى جِيرانِهِما، فَإِذَا كَان إضراره بِها مشْهورا معروفًا حتى تَواطَأَ سماعهم علَى ظُلْمِهِ لَها فِي إساءةِ عِشْرتِها فِي غَيرِ ذَنْبٍ مِنْها تَستَوجِب بِهِ مِثْلَ ذَلِك، وشَهِد علَى ذَلِك النساء الْعدولُ، أَو غَيرهن مِن الرجال علَى سماعِهِم مِن النساءِ، طَلَقَها علَيهِ السلْطَان)[٦].

وخالف القانون رأي المالكية بالنسبة لنصاب الشهادة عما هو مبين أعلاه معتمدا رأي الحنفية من أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان جاء في الهداية (وما سِوى ذَلِك مِن الْحقُوقِ يقْبلُ فِيها شَهادةُ رجلَينِ أَو رجلٍ وامرأَتَينِ سواء كَان الْحق مالًا أَو غَير مالٍ مِثْلُ النكاحِ

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٤٢٧.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٤٢٩.

(٣) المرجع السابق نفس الصفحة

(٤) مواهب الجليل ج٤ ص ٣٤

(٥) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٣٤٥.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص ٤٣٤.

والطَّلَاقِ والْعَتَاقِ والْعِدَةِ والْحَوالَةِ والْوَقْفِ والصلْحِ والْوكَالَةِ والْوصِيَةِ والْهِبَةِ والْإِقْرارِ والْإِبراءِ والْولَدِ والْوِلَادِ والنسبِ ونَحوِ ذَلِكَ)[١].

وفي ما سبق يكون القانون قد جمع رأي الحنفية بالنسبة لنصاب الشهادة ،والمالكية لصفة الشهادة.

رأي الباحث (في هذين التعديلين عموما)

ويرى الباحث أن المشرع قد أصاب في هذا التعديل وحقق مقصود الشارع من رفع الحرج و العنت اللاحق بالمدعي زوجا أو زوجة إذا أراد أحدهما أن يرفع ضررا وقع في حياته الخاصة من خلال التفريق للشقاق والنزاع في حال أنكر الطرف الآخر؛ إذ أن الحياة الزوجية قصية عن شهادة الشهود ومعاينتهم لهذه المشاكل، وعن المحاضر الرسمية ،فهي قائمة على الخصوصية وحفظ الأسرار، وغالبا ما يكون الضرر في ظل هذه الخصوصية فيستحيل إثباته بعد الإنكار بالبينة الكاملة، وهكذا يعسر على المتضرر إثبات هذا الضرر والشقاق والنزاع في حال الإنكار وفي هذا تعطيل لهذا الحكم، وضرر لاحق بأحد الزوجين يعجز عن دفعه[٢].

أما بالنسبة لإناطة أمر القناعة بوجود الشقاق والنزاع بتحقق القاضي في حال كانت الزوجة هي المدعية، فأمر لا بد من ضبطه كما أشار القرار الاستئنافي السابق فالتحقق طريق للوصول إلى الحق، فكما أن البينة قصية في كثير من الأحيان عن حياة الزوجين، فليس للقاضي أن يقتنع بوجود الشقاق والنزاع بلا دليل مطلقا، ولا أن يؤول الشقاق والنزاع إلى أن يصبح

---

(١) ابن الهمام، فتح القدير على الهداية، ج ٧، ص ٣٧٠.

(٢) أشارت المذكرة التي وزعتها دائرة قاضي القضاة متزامنة مع عرض القانون الجديد إلى الحكمة المرجوة من هذين المستجدين وهي تخفيف عبء الإثبات والمذكرة منشورة على الموقع الرسمي للدائرة www.sjd.gov.jo

القول فيه قول الزوجة بيمين أو بغير يمين، وفي نفس الوقت يرى الباحث أن عدم إعطاء الفرصة للمدعى عليه للطعن بالشهود ولا سؤاله عنهم غير متسق مع قواعد العدالة؛ إذ قد يكون بينه وبين أحد الشهود عداوة دنيوية أو أن الشاهد يجر لنفسه مغنما في شهادته أو يدفع عن نفسه مغرما، وإنما تثار هذه المسائل بسؤال المدعى عليه عن الشهود وشهادتهم،فما وجاهة إلغاء هذا الدور، ولا يرد أن هذا الدور في القانون السابق كان يأخذ وقتا طويلا ومطلا من المدعى عليه في كثير من الأحيان، إذ من صلاحية القاضي أن يحصر إثبات الطعن في الشهود بوقت معين دفعا لضرر المطل وإطالة أمد التقاضي، ويرى الباحث أن مسألة التحقق لا تعني مغايرة طريق الحق بل هي مشتقة من الحق، فهي تخفيف من شروط البينة الكاملة التي يصعب وجودها في الحياة الزوجية عادة، ليؤول الأمر إلى اعتماد القرائن من كثرة الدعاوى بين الزوجين أو الإقرار بوجود المشاكل أو عدم استقرار الحياة الزوجية وما إلى ذلك وا   أعلم

رأي الباحث (بالنسبة لضوابط وشروط شهادة التسامع)

أما بالنسبة للضوابط الفقهية لشهادة التسامع، فبناء على ما سبق نرى أن ضابط الشهرة الذي وضعه القانون مأخوذ من المذهب المالكي، ولكن القانون بين أن الاستفاضة المقصودة هي المبنية على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولكن هل الشروط الأخرى من عدم تسمية من سمع منه ومن حلف المدعي اليمين واجبة التطبيق في شهادة التسامع.

يرى الباحث أن القانون قد وضح ما هي الشروط الواجبة التطبيق وهي الشهرة في نطاق حياة الزوجين أو الاستفاضة ونصاب الشهادة، أما بالنسبة للتسمية فإن سمى الشاهد ما يوصل إلى هذه المرتبة أو ذكر انه لا يحفظ من سمع عنهم من كثرتهم أو أطلق الأمر فلا بأس ويرى الباحث أن تسمية الشهود يمكن أن تلغي قبول شهادة التسامع في حالتين الأولى لما تكون

شهادة الشاهد مبنية على السماع من شخص واحد، فلا يصح اعتبار هذه الشهادة شهادة على التسامع حيث أنها ليست مبنية على الشهرة.

الثانية لما يكون المسموع منهم المدعي أومن لا تصح شهادته له كأبيه وأمه ففي هذه الحالة تكون الشهادة أشبه بتكرار للادعاء فلا تقبل كبينة.

أما بالنسبة لنصاب الشهادة فيرى الباحث أنه على الرغم من الرأي القائل عند المالكية بأنه لا تقبل شهادة التسامع إلا من الرجال، ولكن الأولى بالتطبيق ما نقل عن الإمام مالك أن شهادة النساء في هذه الحالة تكفي؛ حيث إن التجربة تؤكد أنهن الأقرب للأسرة ومشاكلها وآثار هذه المشاكل على المرأة تحديدا من الرجال وا أعلم

أما اليمين فليس من الشروط إذ أن سكوت القانون عنه يدل على عدم اعتباره.

وأرى أن السير الصحيح لسماع الشهادة في جزئية مصدر معلومته هو أن يسأل الشاهد إن كان ما شهد به فاشيا دون تعيين لمن سمع منهم وا أعلم.

وفي نفس المقام لا يرى الباحث وجاهة للتفريق بين كون الزوجة مدعية وكون الزوج هو مدعيا في الوصول إلى القناعة بالشقاق والنزاع ،فالمشاكل هي المشاكل والضرر يمكن وقوعه بين الطرفين وما يكتنفه متساو سواء وقع من قبل الزوج أو الزوجة فلا يرى الباحث سببا للتفريق.

المبحث الرابع

المستجد الثالث (إسقاط القانون لشرط الرجولة في الحكم)

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

أسقط القانون الجديد شرطا من شروط الحكمين في القانون القديم وهو الرجولة، حيث كانت شروط الحكمين في القانون القديم الرجولة والعدالة والقدرة على الإصلاح وأن يكون أحدهما من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكم رجليـن عدلين من ذوي الخبرة والقدرة على الإصلاح، بينما قصر القانون الجديـد شروط الحكميـن على العدالة والقدرة على الإصلاح وأن يكون أحدهما من أهـل الـزوج والثاني من أهل الزوجـة إن أمكن وإن لم يتيسـر ذلك حكم اثنين من ذوي الخبرة و العدالة والقدرة على الإصلاح.

ونحن هنا أمام فهمين للمادة، الفهم الأول أن القانون سكت عن هذا الشرط والمسكوت عنه في القانون يرجع فيه إلى المذهب الذي أخذت منه المادة وهو المذهب المالكي الذي يشترط الرجولة في الحكمين، حيث جاءت المادة ٣٢٤ من هذا القانون أنه يرجع في تفسير نصوص هذا القانون واستكمال أحكامها إلى المذهب الذي استمدت منه، والفهم الثاني أن المشرع لم يسقط هذا الضابط عبثا، وإنما قصد إسقاطها، وأن المادة بشكلها الجديد تجوز تحكيم المرأة[1].

المطلب الثاني: أراء الفقهاء في تحكيم المرأة

وباستعراض آراء الفقهاء في جواز تحكيم المرأة في هذه المسألة نجدهم بين مجيز ومانع، وسبب هذا يعود إلى اختلافهم في تكييف صفة الحكمين، أهما وكيلان عن الزوجين

(١) وفي اجتماع القضاة الذي تم في شهر شعبان لعام ١٤٣٣هـ ـ تم مناقشة هذه المسألة وكان الهيئات الاستئنافية منقسمة إلى الرأيين السابقين

وتوكيل المرأة جائز إذ ليس من شروط الوكيل الذكورة، أم هما ممثلان للحاكم فينبغي لهما حيازة صفاته ومنها الرجولة.

وممن ذهب إلى اشتراط الرجولة في الحكمين المالكية والحنابلة وراي في المذهب الشافعي.

- جاء في المذهب المالكي:

(وبطَلَ حكْم غَير الْعدل بِطَلَاقٍ أَو إبقَاءٍ أَو بِمالٍ وغَير الْعدل الْفَاسِقُ والصبِي والْمجنُون والْعبد و حكْم سفِيهٍ وهو الْمبذر فِي الشهواتِ ولَو مباحةً علَى الْمذْهبِ، و حكْم امرأَةٍ وغَيرِ فَقِيهٍ بِذَلِك أَي بِأَحكَامِ النشُوزِ، فَشَرطُهما الذكُورةُ والرشْد والْعدالَةُ والْفِقْه بِما حكما فِيهِ)[1].

وجاء في الشرح الصغير (وصِحتَهما أَي الْحكَمين: أَي شُرِطَ صِحتُهما بِالْعدالَةِ فَلَا يصِح حكْم غَيرِ الْعدلِ، سواء حكَم بِطَلَاقٍ أَو إبقَاءٍ أَو بِمالٍ، وغَير الْعدل صبِي أَو مجنُون أَو فَاسِقٌ، والذكُورةِ فَلَا يصِح حكْم النساء) وفي شرح الصاوي عبارة (فَلَا يصِح حكْم النساءِ؛ لِأَن الْحكَم حاكِم وإِمام مقْتَدى بِهِ، ولَا يصِح الْحكْم مِن النساءِ ولَا الِاقْتِداء بِهِن لِنَقْصِهِن فِي الْعقْل والدين[2]

- أما المذهب الحنبلي:

وفي المذهب الحنبلي رأيان في تكييف الحكمين الأول أنهما وكيلان عن الزوجين والثاني أنهما ممثلان للإمام وحاكمان ،جاء في شرح الزركشي على مختصر الخرقي (واختلف عن أحمد - رحمه الله - فيهما (فعنه) ما يدل على أنهما وكيلان للزوجين، لا يرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما، فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا، هذا هو المشهور عند الأصحاب، ..... (وعنه) ما

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٣٤٤.

(٢) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ج٢، ص٥١٣.

يدل على أنهما حكمان، يفعلان ما يريان من جمع أو تفريق، بعوض أو غيره، من غير رضى الزوجين، وهو ظاهر الآية الكريمة، لتسميتهما حكمين، ومخاطبتهما بقوله: {إن يريدا إصلاحا} [النساء: ٣٥])[١].

وعلى الرغم من التكييفين السابقين للحكمين إلا أن المذهب اشترط الرجولة في الحكمين جاء في المغني (فَإِن الْحكمين لَا يكُونَان إِلا عاقِلَين بالِغَين عدلَين مسلِمين؛ لِأَن هذِهِ من شُروطِ الْعدالَةِ سواء قُلْنَا: هما حاكمان أَو وكِيلَان؛ لِأَن الْوكِيلَ إذَا كَان متَعلقًا بِنَظَر الْحاكِمِ، لَم يجز أَن يكُون إلا عدلًا، كما لَو نُصِب وكِيلًا لَصبِي أَو مفْلِسٍ، يكُونَان ذَكَرين؛ لِأَنه مفْتَقِر إلَى الرأْي والنظَر)[٢].

وجاء في المذهب (فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة وبلغا إلى المشاتمة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين ذكرين عدلين مكلفين فقيهين عالمين بالجمع والتفريق)[٣].

والشافعية لهم رأيان في المسالة الأول أن يكونا ذكرين عدلين لأنهما في أحد القولين حاكمان وفى الآخر وكيلان، إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق، ولا يكمل لذلك إلا ذكران عدلان[٤].

والثاني ما ذكره الشربيني رحمه ا قال : (وفِي قَولٍ) هما حاكِمان (موليان مِن الْحاكِمِ) واخْتَاره جمع؛ لِأَن الله تَعالَى سماهما حكَمين، والْوكِيلُ مأْذُون لَيس بِحكَمٍ،... (فَعلَى الْأَول يشْتَرطُ رضاهما) بِبعثِ الْحكمين ويشْتَرطُ فِي الْحكَمين: التكْلِيفُ، والْإِسلَام، والْحريةُ، والْعدالَةُ، والِاهتِداء

---

(١) الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد ا الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: ٧٧٢هـ) شرح الزركشي. على مختصر الخِرقي، ج٥ ص ٣٥٢ دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣.

(٢) ابن قدامة، المغني ج ٧ ص ٣٢١

(٣) البهوتي، كشاف القناع ،ج٥ ص ٢١١،٢١٠

(٤) المطيعي، محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج١٦، ص ٤٥٢، الناشر: دار الفكر.

إلى الْمَقْصودِ بِما بعثا لَه، ولَا يشْتَرطُ فِيهما الذكُورةُ وإِنما اُشْتُرِطَ فِيهما ذَاك مع أَنهما وكِيلَان لِتَعلق وكَالَتِهما بِنَظَرِ الْحاكِمِ كَما فِي أَمِينه[1].

- و جاء في شرح المحلي على منهاج الطالبين:

(وهما وكِيلَان لَهما وفِي قَولٍ حاكِمان مولِيان مِن الْحاكِمِ لِأَن الله تَعالَى سماهما حكَمين، والْوكِيلُ مأْذُون لَيس بِحكَمٍ،... ثُم الْحكَمان يشْتَرطُ فِيهما علَى الْقَولَين معا الْحريةُ والْعدالَةُ والِاهتِداء إلَى ما هو الْمقْصود مِن بعثِهما دون الِاجتِهادِ، وتُشْتَرطُ الذكُورةُ علَى الثانِي وكَونُهما مِن أَهل الزوجين أَولَى لَا واجِب)[2].

أما الحنفية فتكييفهم للحكمين أنهما وكيلان عن الزوجين وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما[3].

وهكذا فتكييف المذهب الحنفي لصفة الحكمين مغاير لتكييف القانون، وإن كان المذهب الحنفي يجيز تحكيم المرأة فيما يثبت بالشبهات وتصح به شهادتها ويعتبر حكمها ملزما كحكم القاضي، إلا أن المذهب الحنفي يتكلم عن اختيار أصحاب الخصومة لهما حكمين كونهما أصحاب ولاية على أنفسهما، لا كما هو الحال في التفريق للشقاق والنزاع من إحالة الأمر إلى الحكمين من قبل القاضي كونهما ممثلين له لا باختيار الزوجين وتوكيلهما بل باختيار المحكمة جاء في العناية (وإذَا حكم رجلَان رجلًا فَحكَم بينَهما ورضِيا بِحكْمِهِ جاز) لِأَن لَهما وِلَايةً علَى أَنْفُسِهما فَصح تَحكِيمهما وينْفُذُ حكْمه علَيهما، وهذَا إذَا كَان الْمحكم بِصِفَةِ الْحاكِمِ لِأَنه بِمنْزِلَةِ الْقَاضِي فِيما بينَهما فَيشْتَرطُ أَهلِيةُ الْقَضاءِ، ولَا يجوز تَحكِيم الْكَافِرِ والْعبدِ والذمي والْمحدودِ فِي

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص ٤٢٩، دار الكتب العلمية.

(٢) المحلي، جلال الدين المحلي، شرح المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محي الدين النووي وهو متن على حاشيتي قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، ج٣، ص ٣٠٨، دار الفكر – بيروت ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

(٣) ابن الهمام، فتح القدير على الهداية، ج٤، ص ٢٤٤، دار الفكر بيروت.

الْقَذْفِ والْفَاسِقِ والصبي لِانْعِدامِ أَهلِيةِ الْقَضاءِ اعتِبارا بِأَهلِيةِ الشهادةِ والْفَاسِقُ إذَا حكَم يجِب أَن يجوز عِنْدنَا كَما مر فِي الْمولى... (فَلَو حكما امرأَةً فِيما يثْبتُ بِالشبهاتِ جاز؛ لِأَنها مِن أَهل الشهادةِ فِيها)[1].

ويعرض الباحث اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في مسألة تحيكم المرأة،فقد فسخت محكمة الاستئناف قرارا لمحكمة البداية تم فيه تحكيم المرأة وجاء في القرار (إن المحكمة الابتدائية بعثت الحكمين المحامية.... والمحامي .... لبحث الشقاق والنزاع بين المتداعين وان بيان حكم بعث المرأة حكماً في قضايا الشقاق والنزاع هي النقطة محل البحث في القضية ، ولا بد لهذه المحكمة الاستئنافية أن تتصدى لبيان حكم هذه المسألة في القانون .

إن المادة (١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية المؤقت رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ هي التي بينت أحكام التفريق للشقاق والنزاع وبينت شروط الحكمين بان يكونا عدلين قادرين على الإصلاح وان يكون احدها من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن وان لم يتيسر ذلك حكم القاضي اثنين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح ولم تشترط هذه المادة في الحكمين الذكورة وان جاءت بصيغة المذكر وذلك للغلبة وحيث أن المستند الفقهي لمادة الشقاق والنزاع هو المذهب المالكي وحيث لم يذكر القانون حكم تحكيم المرأة فانه وعملاً بالمادة (٣٢٤) من قانون الأحوال الشخصية المذكور والتي نصت على انه تطبق نصوص هذه القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الذي استمدت منه. فان مقتضى هذه المادة انه يجب علينا الرجوع إلى مذهب الإمام مالك لبيان موقفه من تحكيم المرأة وبالرجوع إلى الكتب المعتبرة في مذهب الإمام مالك)ثم

---

(١) البابرتي، محمد بن محمد بن محمود البابرتي (المتوفى ٧٨٦هـ ـ) العناية شرح الهداية ج٧، ص ٣٠٠، دار الفكر.

وبعد استعراض رأي المالكية التي سبق بيانه تمم القرار (وتأسيساً على ما سبق فقد اشترط فقهاء المالكية في الحكم المبعوث من قبل القاضي في دعاوى الشقاق أن يكون ذكراً فلا يصح تحكيم الأنثى ولما كانت المحكمة الابتدائية قد بعثت احد الحكمين أنثى فتكون قد جانبت الصواب وخالفت أحكام القانون ويكون بعثها لامرأة أنثى حكماً وحكمها بمقتضى القرار الذي شاركت فيه غير صحيح[١].

رأي الباحث

بما أن القانون نص على أن الحكم ممثل للحاكم لا وكيل إذ جاء في نص المادة المتعلق بالحكمين:

أ- يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثها معه وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقراها ودونا ذلك في محضر يقدم إلى المحكمة.

ب- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يزيد على المهر وتوابعه وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بغير المقبوض من مهرها و توابعه ونفقة عدتها وإذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما للآخر وإن جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه من أيهما بشرط أن لا يزيد على مقدار المهر وتوابعه.

---

(١) قرار استئنافي رقم ٢٠١١/٥٣٢، ٧٨٩٢١ تاريخ ٢٨-٢-٢٠١١

ج- إذا حكم على الزوجة بأي عوض وكانت طالبة التفريق فعليها أن تؤمن دفعه قبل قرار الحكمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله وفي حال موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك أما إن كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين.

د- إذا اختلف الحكمان حكّم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية.

هـ- على الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلا إليها وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً لأحكام هذه المادة.

ونلاحظ مما سبق أن الحكمين يجمعان ويفرقان ويقرران وعلى القاضي الحكم وفق قرارهما إذا كان موافقا للأصول، وعليه فهما ممثلان للحاكم لا وكيلان للزوجين لا يفرقان إلا بموجب التوكيل بل بموجب إحالة الأمر إليهم من قبل الحاكم وتمثيلهما له، فيفرقان إن رأيا ذلك دون رضا الزوجين وعليه فالمذاهب التي لم تشترط الرجولة لتكييفها أن الحكمين وكيلان، وللمرأة أهلية التوكيل ،وبما أن القانون كيف صفة الحكم على أنه ممثل للحاكم فلا يصح اعتباره وكيلا وبالتالي فيجب له ما ينبغي للحاكم من صفات ومنها الرجولة، إضافة إلى ذلك أن الحكم المتحققة من كون الحكم رجلا، أن الدراية في هذه المسائل متحققة في الرجال المتصلين بالمجتمع الخبراء ببواطنه وأحواله وحال الأسرة إن كان يمكن استمرارها أم لا، فهما يمثلان القاضي ولابد أن تحقق فيهم صفات القاضي من علم ودراية ،وهذا غير متحقق بالمرأة بشكل عام لنقص عقلها ودينها وتغليب عاطفتها.

وإن اعتبار الحكمين ممثلين للحاكم موافق لما ذكر المفسرون في تفسيرهم لقوله تعالى (حكما من أهله وحكما من أهلها) فيروي الطبري عن ابن عباس رضي ا عنهما قوله: "وإن

خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"، فهذا الرجل والمرأة، إذا تفاسد الذي بينهما، فأمر ا سبحانه أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل، ومثله من أهل المرأة[١].

وذكر أبو السعود في تفسيره للحكم قال (رجلاً وسطاً صالحاً للحكومة والإصلاح)[٢].

وأذكر هنا تعليل المالكية لتكييف الحكمين أنهما قاضيان أو ممثلان له يفرقان ويجمعان مستدلين على ذلك بقوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق ا بينهما إن ا كان عليما خبيرا) قال القرطبي ِلأن الله تَعالَى قَالَ: (فَابعثُوا حكماً مِن َأهلِهِ وحكماً مِن َأهلِها) وهذَا نَص مِن اللهِ سبحانَه ِبأَنهما قَاضِيان لَا وكِيلَان ولَا شَاهِدان. ولِلْوكِيل اسم ِفي الشرِيعةِ ومعنًى، ولِلْحكَمِ اسم ِفي الشرِيعةِ ومعنًى[٣].

والآثار الواردة عن الصحابة الكرام في تفسيرهم لهذه الآية مؤكدة للرأي السابق فقد جاء في الاستذكار عن مالك رحمه ا أنه بلغه أن علي بن أبي طالب رضي ا عنه قال في الحكمين اللذين قال ا تعالى فيهما (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق ا بينهما إن ا كان عليما خبيرا) (النساء: ٣٥) أن إليهما الفرقة بينهما والاجتماع، قال مالك (وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع)[٤].

---

(١) الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، ج٨، ص٣٢٥، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

(٢) أبو السعود، أبو السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى (المتوفى: ٩٨٢هـ) تفسير أبي السعود إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، ج٢، ص ١٧٥، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

(٣) القرطبي، البحر المحيط، ج٥، ص ١٧٧

(٤) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد ا بن عبد البر النمري القرطبي (ت٤٦٣)، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ج٦، ص١٨٣، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض دار الكتب العلمية ط١ ٢٠٠٠م بيروت قال ابن عبد البر في حكمه على الأثر أما الخبر عن علي - رضي ا عنه - في ذلك فمروي من وجوه ثابتة عن بن سيرين عن عبيدة السلماني عن علي.

لذا يرى الباحث أن حذف هذا الضابط لا مبرر له وغير متسق مع أصل المذهب الذي أخذت منه المادة، وهو أن الحكم ممثل للقاضي، ولا يترتب على الحذف حكمة مرجوة بل مفسدة ظاهرة وا   أعلم[١].

(١) ورأي فضيلة شيخنا الأستاذ الدكتور محمود السرطاوي أن المادة تجيز تحكيم المرأة إذ نص القانون السابق على الرجولة، وبتعديل النص بهذه الصورة يكون الرجوع للقانون وليس للمذهب الذي أخذت منه المادة.

المبحث الخامس

المستجد الرابع (تقييد مقدار العوض)

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

جاء القانون الجديد ضابطا لمسألة التعويض في حال أن الإساءة كلها من الزوجة بأن لا يحكم بزيادة على المهر وتوابعه، وفي حال جهالة الحال بالنسبة للحكمين بأن لا يحكم بما يزيد عن مقدار المهر وتوابعه[1].

إذ جاء في القانون الجديد (إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يزيد على المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بغير المقبوض من مهرها و توابعه ونفقة عدتها، وإذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما للآخر،وإن جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه من أيهما بشرط أن لا يزيد على مقدار المهر وتوابعه).

أما القانون القديم فضبط التعويض في حال أن كل الإساءة من الزوجة بأن لا يقل عن المهر وتوابعه، ولم يضبط العوض في حالة الجهالة إذ جاء فيه (إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي

---

(١) وتجدر الإشارة هنا أن الحكم قد يكون على أي من الطرفين المتداعيين فآلية عمل الحكمين في حال تقدير نسبة الإساءة أن يقوما بجمع المعجل والمؤجل ثم يضرب بنسبة الإساءة ثم يطرح منه المقبوض ويكون العوض ما ينتج وفي حالة أن الإساءة كلها من المرأة فعليها أن ترد المقبوض من المهر للزوج وفق الآلية السابقة.

يريانه على أن لا يقل عن المهر وتوابعه وإذا كانت الإساءة ... وان جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما).

وقد قيدت محكمة الاستئناف إطلاق المادة في باب جهالة الحال على الحكمين في القانون السابق، إذ فسخت محكمة الاستئناف قرارا لمحكمة البداية لأنها حكمت وفق قرار الحكمين المخالف للأصول القانونية، ووجه مخالفته أنه حكم بعوض بعد أن جهل على الحكمين نسبة الإساءة، وقررا التفريق على العوض الذي رأوه مناسبا للزوجة، وكان متجاوزا لقدر ما تستحقه ما لو طلقها الزوج بنفسه، فعلق الاستئناف أن هذا القرار مخالف للمادة التي قيدت العوض في حال كانت الإساءة كاملة من الزوج فلا يكون العوض متجاوزا ما تستحقه الزوجة لو طلقها زوجها بنفسه ،فمن باب أولى في حال كون الإساءة مشتركة أن لا يكون العوض متجاوزا لما تستحقه الزوجة لو طلقها الزوج بنفسه[(١)].

المطلب الثاني: مستند تقدير العوض فقها

حيث إن المذهب المالكي هو مصدر هذه المادة، وهو الذي ذهب إلى أن للحكمين التفريق بأمر الحاكم، فهو المذهب الذي يرجع إليه لبيان مصدر المستجد في هذه المسألة خاصة؛ حيث إن الحنفية والشافعية والحنابلة يكيفون الحكمين كوكيلين وليس للوكيل العمل من غير إذن الأصيل.

واستعرض نقلاً من أمهات الكتب في المذهب المالكي جاء في الشرح الكبير (فَإِن تَعذر الْإِصلَاح نَظَرا فَإِن أَساء الزوج علَيها طلقَا علَيهِ بِلَا خُلْعٍ أَي بِلَا مالٍ يأْخُذَانِهِ مِنْها له ِلظُلْمِهِ) أي إن كانت الإساءة من الزوج ،قرر الحكمان التفريق من غير أن ترد عليه الزوجة شيئا لإساءته، مع بقاء حقها في مهرها وحقوقها الأخرى وهذا موافق للقانون.

---

(١) أنظر القرار رقم ٣٥٨٧٢ تاريخ ٢٦-٦-١٩٩٣

(وَبِالْعَكْسِ بِأَن كَانَتْ الْإِسَاءَةُ مِنْهَا فَقَطْ ائْتَمَنَاه عَلَيْهَا وَأَمَرَاه بِالصَّبْرِ وَحُسْنِ الْمُعَاشَرَةِ أَو خَالَعَا لَه بِنَظَرِهِمَا فِي قَدْرِ الْمُخَالَعِ بِهِ وَلَو زَادَ عَلَى الصَّدَاقِ إن أَحَبَّ الزَّوْجُ الْفِرَاقَ أَو عَلِمَا أَنَّهَا لَا تَسْتَقِيمُ مَعَه)

وهذا مخالف للقانون الجديد الذي ذهب أن لا يزيد عن المهر في حال كون الإساءة كلها من الزوجة، وموافق للقانون القديم الذي ذكر أن لا يقل عن المهر.

(وَإِن أَسَاءَا مَعًا) أَي حَصَلَتْ الْإِسَاءَةُ مِن كُلٍّ وَلَو غَلَبَتْ مِن أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ (فَهَلْ يَتَعَيَّنُ) عِنْدَ الْعَجْزِ عَن الْإِصْلَاحِ (الطَّلَاقُ بِلَا خُلْعٍ) أَي إن لَم تَرْضَ بِالْمُقَامِ مَعَه (أَو لَهُمَا أَن يُخَالِعَا بِالنَّظَرِ) عَلَى شَيْءٍ يَسِيرٍ مِنْهَا لَه (وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ تَأْوِيلَانِ)[1].

- **وجاء في منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل:**

(وَإِن أَسَاءَا) أَي الزَّوْجَانِ أَي ثَبَتَتْ إسَاءَةُ كُلٍّ مِنْهُمَا الْآخَرَ تَسَاوَتْ إسَاءَتُهُمَا أَو لَا أَو اسْتَمَرَّ الْإِشْكَالُ (فَهَلْ يَتَعَيَّنُ) عَلَى الْحَكَمَيْنِ (الطَّلَاقُ بِلَا خُلْعٍ) أَي مَالٍ مِن الزَّوْجَةِ لِلزَّوْجِ، هَذَا مَحَلُّ التَّعَيُّنِ قَالَه الشَّارِحُ.(أَو لَهُمَا) أَي الْحَكَمَيْنِ (أَن يُخَالِعَا) أَو يُطَلِّقَا بِمَالٍ مِن الزَّوْجَةِ لِلزَّوْجِ قَدْرُه (بِالنَّظَرِ) مِن الْحَكَمَيْنِ <u>وَلَكِن لَا يُسْقِطَانِ عَنْه جَمِيعَ الصَّدَاقِ</u>

وهذه الفقرة تشمل جهالة الحال بالنسبة للحكمين أن لا يسقط عن الزوج جميع الصداق

(وَعَلَيْهِ) أَي الْخُلْعِ بِالنَّظَرِ (الْأَكْثَرُ) مِن شُرَّاحِ الْمُدَوَّنَةِ......ابْنُ فَتْحُونٍ إن لَم يَقْدِرَا عَلَى الصُّلْحِ فَرَّقَا بِشَيْءٍ مِن الزَّوْجَةِ لَه أَو أَسْقَطَاه عَنْه أَو عَلَى الْمُتَارَكَةِ دُونَ أَخْذٍ وَإِسْقَاطٍ، وَلَا يَنْبَغِي أَن يُؤْخَذَ لَهَا مِنْه شَيْءٌ وَتَبِعَه الْمُتَيْطِيُّ. اللَّخْمِيُّ إن كَانَ الظُّلْمُ مِنْه فَقَطْ فَرَّقَا دُونَ إسْقَاطِ شَيْءٍ مِن الْمَهْرِ وَعَكْسُه إن كَانَ لَا يَتَجَاوَزُ الْحَقَّ فِيهَا عِنْدَ ظُلْمِهَا ائْتَمَنَاه عَلَيْهَا وَأَقَرَّتْ إلا أَن يُحِبَّ فِرَاقَهَا فَيُفَرِّقَا، وَلَا شَيْءَ لَهَا مِن الْمَهْرِ. وَلِعَبْدِ الْمَلِكِ فِي الْمَبْسُوطِ لَو حَكَمَا عَلَيْهِ بِأَكْثَرَ مِن الْمَهْرِ جَازَ

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ٣٤٧.

(إن كان سدادا وإن كان مِنْهما أو أَشْكَلَ أمرهما فَرقا وقسما بينَهما نِصفَ الْمهر إن كان قَبلَ الْبِنَاءِ، وجمِيعه إن كان بعده، وفِيها لِربِيعةَ إن كان الظالم مِنْه فَرقا بِغير شَيءٍ، وإن كان مِنْهما أُعطِي الزوج بعض الصداق، وإن كان مِنْها فَقَطْ جازما أُخِذَ له مِنْها..... أَبو حفْصٍ إن كان خلعها إذَا كان الظالم مِنْها مِائَةً فَإن كان مِنْهما جمِيعا أُخِذَ له النصفُ، وإن كان الثلُثان مِن قِبلِها والثلُثُ مِن قِبلِهِ أُخِذَ له الثلُثَان، وفِي الْعكْسِ الْعكْس[1].

رأي الباحث

ويرى الباحث أن القانون القديم وفي تعرضه لحالة كون الإساءة كلها من الزوجة فهو بالإضافة لموافقته للمذهب، فهو أقرب للعدالة؛ لأن التعويض الذي يقدره الحكمان يؤخذ بعين الاعتبار فيه المخاسر التي تكبدها المدعي من إضرار المدعى عليها به، والأضرار كما هو معلوم تتجاوز المهر من نفقات ومصاريف ومخاسر مادية ومعنوية، وتكاليف لم تؤت أُكلها بسبب إساءة الزوجة، فيكون التعويض بالقدر الذي ارتأياه وإن زاد على المهر.

ولا يرد على ما سبق أن القانون قد حقق عدالة بأن لم يفرض على المرأة زيادة عن المهر، حيث لما كانت الإساءة كلها من قبلها فهي المضرة وهي المقصرة والمقصر أولى بالخسارة.

وأما في حالة أن الإساءة مشتركة من قبل الزوجين وجهل الحال على الحكمين، فالمذهب المالكي قيد عمل الحكمين بالنسبة للعوض بأن لا يسقط عن الزوج جميع المهر، أما القانون فقد نص أنه في حالة الجهالة على الحكمين يحكمون بالتفريق على أن لا يتجاوز التعويض مقدار المهر.

---

(١) عليش، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد ا المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، منح الجليل منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٣، ٥٥١-٥٥٢، دار الفكر – بيروت ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م

وبين الضابطين تباين، فيجيز القانون مثلا للحكمين أن يفرقا بين المتداعيين في حالة عدم قبض المهر المعجل مع عدم مطالبة أي من الطرفين للآخر بشيء من المهر، بينما يمنع المذهب المالكي في حال الاشتراك بالإساءة إسقاط جميع المهر عن الزوج.

كما أن القانون الجديد قد ضبط العوض في حال الجهالة أن لا يزيد على المهر، بينما لم يضبط القانون القديم العوض بقيد، وقد صدقت محكمة الاستئناف قرارا لمحكمة البداية جاء فيه العوض زيادة على المهر مع جهالة الحال على الحكمين جاء في القرار (إن الحكم بالتفريق بين المستأنفة وبين زوجها الداخل بها المستأنف عليه بطلقة واحدة للشقاق والنزاع، وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم ٢١-١٢-١٩٩٤ وعلى أن تدفع له مبلغ خمسمائة دينار، وإسقاط كافة حقوقها الزوجية، بناء على الدعوى والتصادق ....وعملا بالفقرة (هـ) من المادة ١٣٢ والقرارات الاستئنافية ومنها القرار رقم (١٦٢٦٤) بالنسبة للحكم بعوض للزوج زيادة على المهر المسمى صحيح موافق للوجه الشرعي والأصول القانونية[١].

ويرى الباحث أن القانون محقق للعدالة بهذا القيد؛ فبما أن الحال قد جهل على الحكمين فعلى أي أساس يكون العوض متجاوزا للمهر، وبأي شيء استحق أي من الطرفين زيادة على المهر والإساءة مجهولة غير معلومة.

---

(١) القرار رقم ٣٥٧٦ تاريخ ٢١-٣-١٩٩٥.

الفصل الخامس

مستجدات التفريق للإيلاء والظهار

والغيبة والهجر والسجن

تمهيد

المبحث الأول: مستجدات التفريق للإيلاء

المطلب الأول: تعريف الإيلاء لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المطلب الثالث: مذهب الحنفية فيما خالف به القانون مع أدلتهم

المطلب الرابع: مستند القانون في المستجد الأول (عدم وقوع الطلقة إلا بحكم حاكم)

المطلب الخامس: مستند القانون في المستجد الثاني (تكييف الطلقة بأنها رجعية واشتراط الرجعة بالفعل لصحتها)

المطلب السادس: مستند القانون في المستجد الثالث (مدة الفيئة)

المبحث الثاني: مستجدات التفريق للظهار

المطلب الأول: الظهار لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

الفصل الخامس

التفريق للإيلاء والظهار، والغيبة والهجر، والسجن

تمهيد

من لوازم الحياة الزوجية وآثار عقد الزواج أن يعيش الزوجان معا أسرة واحدة وما يترتب على هذا المعنى من حقوق معنوية وجسدية، وعليه فغياب الزوج عن زوجته وتركه لها فترة من الزمن يترتب عليه ضرر لاحق بالزوجة وينشأ عنه خرم لمقصد النكاح.

وقد يكون هذا البعد بسبب من الزوج كمن آلى أن لا يقرب زوجته أو ظاهر منها، أو هجرها في بيت الزوجية أو غاب عنها، وقد يكون بسبب خارج عن إرادته كمن أحصر خارج بلاده أو سجن وما شابه ذلك وتضررت الزوجة ضررا بالغا من بعده.

ومن هذا المنطلق وحفظا لحق الزوجة في حقوقها الجسدية والمعنوية أجاز الشارع الحكيم للمرأة طلب التفريق للإيلاء والظهار والغيبة والهجر والسجن بضوابط معينة.

وسيتعرض الباحث لما استجد في قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ في هذه الأبواب.

المبحث الأول

التفريق للإيلاء

المطلب الأول: تعريف الإيلاء لغة واصطلاحا

الإيلاء لغة: (آلى) إِيلَاء أقسم يقَال آلى علَيهِ ومِنْه الْمرأَة اتخذت مئلاة[١]

الإيلاء اصطلاحا: عرف القانون الإيلاء أنه حلف الزوج على ما يفيد ترك وطء الزوجة مدة أربعة أشهر فأكثر أو دون تحديد مدة واستمر على يمينه حتى مضت الأربعة أشهر[٢].

المطلب الثاني: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

استجد في القانون الجديد رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ باب من أبواب التفريق لم يكن منصوصا عليه في القانون السابق وهو باب الإيلاء والظهار وكان العمل فيه على الراجح من المذهب الحنفي؛ حيث لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية الأردني السابق للتفريق للإيلاء والظهار، وعليه وعملا بالمادة ١٨٣ من قانون الأحوال الشخصية الصادر ١٩٧٦ يكون العمل بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة. وسيتعرض الباحث للأحكام التي نص عليها القانون في

---

(١) مجموعة مؤلفين، المعجم الوسيط ،ج ١ ص ٢٥

(٢) وهذا التعريف متفق مع مذهب الحنفية أنظر الكاساني، البدائع ، ج ٣ص ١٧١ وابن الهمام ،فتح القدير على الهداية، ج ٤ص١٩١ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣ ص٤٢٧، والحلف يشمل الحلف با ويشمل تعليق الجماع على ما يستشقه الزوج وهو بهذا متفق مذهب الحنفية ومن وافقهم من المالكية والشافعية بأن الايلاء يشمل بالْيمِين علَى تَركِ قُربان الزوجةِ أَربعةَ أَشْهرٍ فَصاعِدا بِاللهِ أَو بِتَعلِيق ما يستَشِقه علَى الْقُربان أنظر ابن الهمام، فتح القدير على الهداية، ج٤، ص ١٨٩ أنظر الخرشي، محمد بن عبد ا الخرشي المالكي أبو عبد ا (المتوفى: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، ج ٤ص ٨٩ دار الفكر للطباعة – بيروت انظر الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٥ ص ١٧.

هذا الباب فما كان منها موافقا للمذهب الحنفي فليس من مستجدات التفريق إلا من حيث النص عليه استقلالا، وما كان منها مخالفا للمذهب الحنفي تعرضت له هذه الرسالة بالبحث[١].

- المواد المتناولة للتفريق للإيلاء

الـمادة (١٢٣):

أ- إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك وطء زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر أو دون تحديد مدة واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر طلق عليه القاضي طلقة رجعية بطلبها.

ب- إذا استعد الزوج للفيء قبل التطليق أجله القاضي مدة لا تزيد على شهر فإن لم يفئ طلق عليه طلقة رجعية ما لم تكن مكملة للثلاث .

ج- يشترط لصحة الرجعة في التطليق للإيلاء أن تكون بالفيء فعلاً أثناء العدة إلا أن يوجد عذر فتصح بالقول[٢].

وخالف القانون المذهب الحنفي بالنسبة لوقوع الطلقة بالإيلاء وأنها لا تقع إلا بحكم القاضي، وبتكييف الطلقة بالرجعية بدلا من بائنة حيث إن الحنفية ينصون على أن الزوج إن استمر على إيلائه الأربعة أشهر دون أن يفيئ إلى زوجته تبين منه زوجته دون حكم حاكم.

المطلب الثالث: مذهب الحنفية فيما خالف فيه القانون مع أدلتهم

مذهب الحنفية بالنسبة لوقوع طلقة بائنة دون حكم حاكم، أن الزوج بامتناعه عن القربان مع القدرة مدة أربعة أشهر بعد إيلائه، أكد عزمه الطلاق وحقق العزم المؤكدة باليمين بالفعل، وهو بذلك ظلم زوجته بمنعها حقها، فكان الجزاء أن تزول عنه نعمة النكاح ،وهذا هو المأثور عن الصحابة الكرام ساداتنا عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان ا عليهم

---

(١) فليس موضوع هذه الرسالة التعرض لأحكام الإيلاء والظهار عموما والتي لم ينص عليها القانون استقلالا

(٢) القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠

أجمعين، ولأنه كان طلاقا بائنا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة، وأن سبب الطلقة تخليص الزوجة من الظلم الواقع عليها من قبل زوجها المولي، والطلاق الرجعي لا يحسم الظلم ولا يمنعه إذ قد يرجع الزوج زوجته إليه ثم يعيد الإيلاء، فتعين الطلاق البائن لرفع الظلم بزوال سلطة الزوج بالرجعة(١).

واستدل الحنفية على رأيهم أن الفيئة لا تكون إلا في مدة الإيلاء بقوله تعالى (لِلذِين يؤْلُون مِن نِسائِهِم تَربص َأربعةِ َأشْهرٍ فَإِن فَاءوا فَإِن الله غَفُور رحِيم * وإِن عزموا الطلَاقَ فَإِن الله سمِيع علِيم) (البقرة: ٢٢٦ -٢٢٧). فالفاء هنا تفيد التعقيب الذِكري بأن ذكر التفصيل بعد الإجمال فتدخل الجملة لتفصيل جمل قبلها كقوله تعالى {فَقَد سأَلُوا موسى َأكْبر مِن ذَلِك فَقَالُوا َأرِنَا الله جهرةً} [النساء: ١٥٣] {ونَادى نُوح ربه فَقَالَ رب ِإن ابنِي مِن َأهلِي} [هود: ٤٥] ونَحو: تَوضأَ فَغَسلَ وجهه ويديهِ ورجلَيهِ ومسح رْأسه فَلَا يفِيد ذَلِك التعقِيب، بلْ التعقِيب الذكْري بِأَن ذَكَر التفْصِيلَ بعد الْإِجمال فيكون المعنى فإن فاؤوا خلال فترة الأشهر الأربعة، وسبب ترجيح هذا الاختيار هو قراءة ابن مسعود رضي ا عنه (فإن فاؤوا فيهن) ولا شك أن هذه القراءة يقرؤها راويها عن صاحب الوحي، ويستدل الحنفية أيضا بأن ا تعالى جعل المدة أربعة أشهر فالزيادة على هذه المدة زيادة على المدة المنصوص عليها شرعا، ولا تجوز الزيادة إلا بدليل، أما قوله تعالى (وإن عزموا الطلاق فإن ا سميع عليم) أي عزموا الطلاق بعدم الفيئة أثناء المدة، أما قوله تعالى سميع عليم بِما يقَارِن هذَا الترك وَالِاستِمرار مِن الْمقَاولَةِ والْمجادلَةِ وحدِيثَ النفْسِ بِهِ كَما يسمع وسوسةَ الشيطَان علِيم بِما استَمروا علَيهِ مِن الظلْمِ، وفِيهِ معنَى الْوعِيدِ علَى ذَلِك (٢).

---

(١) أنظر الكاساني، بدائع الصنائع ج ٣ص١٧٦، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية، ج ٤ ص ١٩١-١٩٣.

(٢) نظر الكاساني، بدائع الصنائع ج٣، ص١٧٦، والكمال ابن الهمام ،فتح القدير على الهدايـــة، ج٤، ص١٩٠-١٩١.

المستجد الأولى عدم وقوع الطلاق بمجرد مضي المدة بل لا بد من الرفع إلى الحاكم.

المطلب الرابع: مستند القانون في المستجد الأول (عدم وقوع الطلقة إلا بطلب من الزوجة وبحكم الحاكم)

وباستعراض المذاهب الفقهية نجد القانون قد استمد هذه المادة من مذهب المالكية والشافعية والحنابلة في الأصح، فقد نصوا على أن الزوجة لا تطلق بالإيلاء إلا بحكم حاكم، بعد أن ترفع الزوجة طلبها إلى الحاكم وبعد مضي مدة الأشهر الأربعة فإن استوفى الإيلاء شروطه، يأمر الحاكم الزوج بالفيئة أو الطلاق فإن أبى طلق عليه طلقة رجعية .

واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه الآية الكريمة (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّص أَربعةِ أَشْهرٍ فَإِن فَاءوا فَإِن الله غَفُور رحِيم*وإِن عزموا الطلَاقَ فَإِن الله سمِيع علِيم) (البقرة: ٢٢٦-٢٢٧).

واستدلالهم بالآية كما يلي:

أَن ا تعالى جعلَ مدةَ التربصِ حقا لِلزوجِ دون الزوجةِ، فَأَشْبهتْ مدةَ الْأَجلِ فِي الديون الْمؤَجلَةِ فلا يقع الطلاق بمجرد مضيها، وأَن الله تَعالَى أَضافَ الطلَاقَ إِلَى فِعلِ الزوجِ، وعند الحنفية لا يقع الطلاق من فعل الزوج في الإيلاء إلا مجازا ولا يصار إلى المجاز عن الظاهِرِ إلا بِدلِيلٍ.

وأن الآية الكريمة جاء فيها {فَإِن فَاءوا} [البقرة: ٢٢٦] ، فالفاء تستلزم تأخر ما بعدها عما قبلها؛ فتكون الفيئة بعد مرور الأشهر الأربعة،و(الإن) الشرطِية يصِير الْماضِي بعدها مستَقْبِلًا، فلو كانت الفيئة في الأربعة أشهر فقط لبقي الماضي على ما هو عليه قبل دخولها.

والآية الكريمة جاء فيها (وإن عزموا الطلَاقَ) ولَو وقَع الطلاق بِمضِي الْمدةِ لَم يحتَج إلَى عزمٍ علَيهِ، فعلى فرض صحة رأي الحنفية فالطلاق قد وقع بمضي الأشهر الأربعة، فلم

يكون العزم عليه مرة أخرى، وقوله تعالى سمِيع علِيم يقْتَضِي أَن الطلَاقَ مسموع ولَا يكُون الْمسموع إلا كلَاما وهو التلفظ بالطلاق لا وقوعه بمجرد مضي المدة.

فالآية الكريمة جعلت للمولي أن يتربص أربعة أشهر، وعليه إما الفيئة وإما الطلاق، وبإيقاع الطلاق دون تلفظ من المولي بل بمضي المدة فقط فليس للمولي الطلاق بل يقع بأمر الشارع، وفي هذا مخالفة لظاهر النص

وهذا التفسير كان عليه العمل عند أكابر الصحابة فقد كانوا يوقفون المولي، فإن لم يفء ولم يطلق طلق الحاكم عنه إذ لا سبيل إلى دوام الإضرار ولا الإجبار على الفيئة والطلاق مما يقبل الإنابة فيطلق الحاكم عن الزوج[(١)].

رأي الباحث

يرى الباحث أن المشرع قد أصاب باعتماد هذا الرأي؛ إذ لا يوجد ما يبت بعزم المولي قطعا على الطلاق حتى يقع الطلاق البائن تلقائيا بمرور الأشهر الأربعة دون فيء، وعلى الرغم من أن الزوج حرم زوجته حقها فالأولى بتحصيل هذا الحق الإبقاء على رابطة الزوجية لا حلها، فلا بد من أن ترفع القضية عند الحاكم أو القاضي ليعذر إلى الزوج ويفهمه حكم الشرع فيما صدر منه وما يترتب عليه الآن من فيئة أو طلاق إن كان عازما عليه، ويرفع الضرر عن الزوجة بالتفريق بينها وبين المولي عند امتناع الزوج عن هذا كله.

وهذا هو المستفاد والمتسق مع قوله تعالى (عزموا الطلاق) وهو التفسير الذي كان عليه الأكثر من الصحابة الكرام بأن المولي يوقف ويخير جاء في المغني (يوقَفُ، عن الْأَكَابِرِ مِن

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥ص٢٧ البهوتي، كشاف القناع، ج٥ ص٣٦٣ والصاوي، بلغة السالك (الشرح الصغير)، ج٢، ص٦٢٦. وابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٤، ص١١٩ دار الحديث – القاهرة تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م وابن القيم ، زاد المعاد ج٥ ص ٣١٥.

أَصحابِ النبِي - صلى الله علَيهِ وسلم -؛ عن عمر شَيء يدل علَى ذَلِك، وعن عثْمان، وعلِي .... وبِهِ قَالَ ابن عمر، وعائِشَةُ. وروِي ذَلِك عن أَبِي الدرداءِ. وقَالَ سلَيمان بن يسارٍ: كَان تِسعةَ عشَر رجلًا مِن أَصحابِ محمدٍ - صلى الله علَيهِ وسلم - يوقِفُون فِي الْإِيلَاءِ.

وقَالَ سهيلُ بن أَبِي صالِحٍ: سأَلْت اثْنَي عشَر مِن أَصحابِ النبِي - صلى الله علَيهِ وسلم - فَكُلُّهم يقُولُ: لَيس علَيهِ شَيء، حتى يمضِي أَربعةُ أَشْهرٍ، فَيوقَفُ، فَإِن فَاء، وإِلَّا طَلَّقَ[1].

وقد جاء في المذكرة التي وزعتها دائرة قاضي القضاة في بيانها لأبرز المحاور التي تعرض لها القانون بعد عرضها لهذا المستجد (وفي هذا إبقاء على الأسرة ما رضيت المرأة بذلك، فإذا تضررت ثبت لها حق التقدم بالدعوى، وبذات الوقت إذا رضيت لا تلزم بالتفريق)[2].

المطلب الخامس: مستند القانون في المستجد الثاني (تكييف الطلقة بأنها رجعية واشتراط الرجعة بالفعل لصحتها)

أما بالنسبة لتكييف هذه الطلقة أنها رجعية فقد أخذ القانون برأي المالكية والشافعية والحنابلة في رواية في تكييفهم للطلقة بهذا الوصف ،ودليل المذاهب السابقة أن الطلقة صادفت مدخولا بها من غير عوض وفي حال كانت قبل الخلوة والدخول فتأخذ أحكامها، من غير عوض، ولا نص في كتاب أو سنة أنها بائنة ولا هي مكملة للطلقات الثلاث فكانت طلقة رجعية بناء على الأصل أن الطلقة للمدخول بها تكون رجعية[3].

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٧ص ٥٥٣

(٢) أنظر موقع دائرة قاضي القضاة الالكتروني www.sjd.gov.jo

(٣) أنظر الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على الموطأ، ج٣، ص ٢٦٥ كتبة الثقافة الدينية – القاهرة ،تحقيق طه عبد الرؤوف سعد الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م وانظر الإمام الشافعي، الأم، ج٥، ص٢٩٠. وانظر ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٥٦٣-٥٦٤ الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص٢٧.

أما اشتراط القانون أن تكون الرجعة بالفعل حتى تصح باستثناء صاحب العذر فمستمد من مذهب الإمام مالك رحمه ا إذ قال في الموطأ في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الأربعة الأشهر ثم يراجع امرأته أنه إن لم يصبها حتى تنقضي عدتها (فلا سبيل له إليها ولا رجعة له عليها إلا أن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فإن ارتجاعه إياها ثابت عليها)[١]. وعلل هذا الرأي بأن كُل رجعةٍ مِن طَلَاقٍ كان لِرفْع ضررٍ، فَإِن صِحةَ الرجعةِ معتَبرةٌ فِيهِ بِزوال ذَلِك الضرر، وَأَصلُه الْمعسِر بِالنفَقَةِ إِذَا طُلِقَ علَيهِ ثُم ارتَجع، فَإِن رجعتَه تُعتَبر صِحتُها بِيسارِهِ[٢]. وبهذا يندفع الضرر المتوقع من تكييف الطلقة بأنها رجعية بأن يرجع الزوج زوجته بالقول مضارة بها حيث مذهب الشافعية والحنابلة أن الزوج المولي له أن يرجع زوجته أثناء عدتها بالقول بشروط معينة[٣].

رأي الباحث

يرى الباحث أن القانون قد حقق مقصود الشارع باعتماد الرأي السابق، حيث إن هذا الرأي يعطي أكبر فرصة للزوج ليبقي على هذه الأسرة بدلا من بينونة الطلاق بينه وبين زوجته، وقد درأ المشرع مفسدة التعسف باستخدام حق الرجعة للزوج بعد الطلاق بأن اشترط الفيئة بالفعل أثناء العدة كي لا تكون الرجعة من الزوجة بالقول مضارة بالزوجة أخذا بمذهب المالكية، حيث إن آلية معالجة الشافعية لمن أرجع بالقول دون أن يجامع زوجته فيها شيء من التطويل فالشافعية يجعلون للزوج حق المراجعة في العدة بالقول فإن راجع واستمر على ايلائه أربعة أشهر طلق عليه الحاكم طلقة أخرى وله الرجعة فيها أيضا فإن ارجع رجعة أخرى واستمر على ايلائه أربعة أشهر أخرى طلق عليه الحاكم طلاقا مكملا للثلاث، أما الحنابلة

---

(١) أنظر الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج٣، ص ٢٦٥.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، ص ١٢٢.

(٣) الإمام الشافعي، الأم، ج٥، ص٢٩٠ وانظر ابن قدامة، المغني، ج٧، ص ٥٦٤.

فجعلوا للقاضي أن يطلق واحدة أو ثلاثا أو فسخا لأنه ناب عن الزوج فله من الطلاق ما للزوج وفي رواية يقع الطلاق بائنا دفعا للمفسدة المتوقعة بالرجعة وفي هذا اختلاف للأحكام باختلاف القضاة يؤدي إلى عدم انضباط الأحكام[١].

المطلب السادس: مستند القانون في المستجد الثالث (مدة الفيئة)

جعل القانون مدة الفيئة محددة بأن لا تزيد عن شهر، وباستعراض المذاهب الفقهية القائلة بعرض الفيئة على الزوج نجد أنهم لم ينصوا على وقت معين، فالمالكية نصوا على أن يختبره الحاكم المرة بعد المرة إلى ثلاث، ويكون ذلك قريبا بعضه من بعض[٢]، وعند الشافعية قولان في حال طلب الزوج للإمهال، الأول أن يمهل ثلاثة أيام فهو وقت قريب ،مستدلين على المدة من قوله تعالى {ولا تَمسوها بِسوءٍ فَيَأْخُذَكُم عذَاب قَرِيب فَعقَروها فَقَالَ تَمتعوا فِي دارِكُم ثَلاثَةَ أَيامٍ ذَلِك وعد غَير مكْذُوبٍ} [هود: ٦٤ - ٦٥]، وبناء على الخيار في البيع وتقديره بثلاثة أيام، والرأي الثاني عندهم أن مدة الإمهال بقدر ما يحتاج للتأهب للوطأ فهو كالدين الحال المقدور على أدائه لا يمهل أكثر من الحاجة فإن كان صائما أمهل حتى يفطر وإن كان جائعا أمهل حتى يأكل وهكذا[٣]، وعند الحنابلة يؤخر ما يتمكن به من الجماع[٤] فضابط المسألة عندهم أن يعطى الزوج من الوقت ما يتمكن به من الفيئة، ونرى أن المذاهب تضيق الوقت المعطى كي لا تكون المدة أجلا جديدا وإضرارا بالزوجة.

---

(١) الإمام الشافعي، الأم، ج ٥ص٢٩٠ وانظر ابن قدامة، المغني ، ج٧ ص ٥٦٤

(٢) العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الراني، ج ٢ص ١٠٣

(٣) الشيرزاي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ) المهذب في فقه الإمام الشافعي ج٣ ص٥٩ دار الكتب العلمية وانظر الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥ص ٢٧.

(٤) ابن قدامة، المغني ، ج٧ ص٥٥٦.

أما بالنسبة للعذر المانع من الجماع في الفيئة أو في العدة أخذا برأي المالكية، فقد نصت المذاهب السابقة أن الزوج قد يكون له عذر في عدم الفيئة خلال الوقت كمرض أو سجن أو صيام أو إحرام.

وإذا كان أمر الزوج كذلك فالمذهب عند المالكية والحنابلة أن الفيئة تكون بالقول كالوعد بالوطء أو قول المولي إن قدرت جامعت ،فذلك دلالة على رغبته بالوطء ويقوم مقامه للعاجز[١].

وفرق الشافعية بين نوعين من الموانع، المانع الشرعي كإحرام أو صيام، أو طبيعي كعجز أو مرض، أما المانع الشرعي فيطالب من صاحبه الطلاق إن كان سبب المنع يمنعه منعا كليا من الوطء، أما صائم النهار فيمهل إلى الليل وكذا المحرم إذا اقترب موعد تحلله، وأما المانع الطبيعي فيقبل من صاحبه الفيئة بالقول[٢].

أما إن كان العذر من الزوجة كحيض أو نفاس أو مرض فلا يطالب الزوج بالفيئة حتى يصبح الوطء مستطاعا، ويطالب منه الوعد بالفيئة عند زوال المانع، وهذا رأي المالكية[٣] وعند الشافعية والحنابلة فليس لها المطالبة بوطأ أو طلاق؛ لأن الوطء متعذر في حقها من جهتها ،إذ الفيئة لا تكون إلا مع المتمكن جماعها وهذا متعذر من جهتها ، فليس لها أن تطالب الفيئة أو تطالب ما يقوم مقامها وهو الطلاق[٤].

---

(١) الصاوي، حاشية الصوي على الشرح الصغير، ج ٢ ص ٦٣١ وانظر أنظر ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٥٦٠.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج ، ج٥ص ٢٦

(٣) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٤٣٥

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص٢٦، والمطيعي، تكملة المجموع، ج١٧، ص٣١٩ وابن قدامة، المغني، ج٧، ص ٥٥٧.

رأي الباحث بالنسبة لمدة الفيئة وفيئة المعذور:

يرى الباحث أن المدد التي حددها السادة الفقهاء لم تعتمد على نص خاص في المسألة بل على ما هو قريب من المسألة وعلى ما يستعد به الزوج للوطء وهذه المسائل مما تتغير أحكامها بتغير الأزمنة والأماكن والطبائع والأعراف ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان فعصر السادة الفقهاء الذين نصوا على ما سبق مختلف عن عصرنا من حيث إمكانية محاكمة البعيد مع تفهمه لمجريات الدعوى أولا بأول فعند إعذاره لا بد أن يعطى الفترة الكافية للحضور، ثانيا يجد الباحث أن هذه الفترة التي وضعها القانون أنسب لتحقيق معنى الفيئة من حصرها في ثلاثة أيام وما شابه، إذ مسألة الإيلاء عادة يخالطها خصام وجفوة فلا بد من فترة كافيه حتى تعود الحياة إلى إمكانية تحقيق الوداد بين الزوجين ففي الحكم مسائل نفسية واجتماعية لا بد من مراعاتها وعليه يرى الباحث أن المدة التي وضعها القانون مدة مناسبة ومحققة لمقصد الفيئة ولمصلحة الطرفين.

أما بالنسبة للعذر فالقانون لم ينص على فيئة المعذور، ونص على رجعة المعذور وأطلق الكلام فيها فجعل العذر مطلقا.

ويرى الباحث أن الأحرى والأحق للحق في مسألة العذر تطبيق قاعدة الشافعية بكلا تطبيقات العذر في الفيئة أو الرجعة، وذلك بالتفريق بين العذر الذي كان سببه الزوج والعذر الذي سببه خارج عن إرادته، فإذا كان السبب خارجا عن إرادة الزوج كمرض أو عدم استطاعة حضور فهذا تصح الفيئة والرجعة منه بالقول، وأما إن كان العذر بسببه كمحرم في حج وبدأ إحرامه في أول أشهر الحج فهذا لا يعتبر معذورا فتصح فيئته أو رجعته بالقول؛ إذ المانع من نفس الزوج مرتبط بإرادته يمكن رفعه و رفع الضرر عن الزوج؛ حتى لا تتخذ الأحكام الشرعية من حج أو صيام سبيلا وذريعة للإضرار بالزوجة.

وبما أن القانون قد بين أن المرجع لتفسير النص ولبيان المجمل هو المذهب الذي استمدت منه المادة وحيث إن مسألة الفيئة خلال فترة الإمهال قبل الطلاق مستمد من مذهب المالكية والشافعية والحنابلة فالأحرى الأخذ برأي الشافعية في المسألة، أما بالنسبة لرجعة المعذور فالمذهب المالكي هو الذي اشترط الرجعة بالفعل وأطلق الكـلام في العذر فالعذر مقبول مطلقا فيكون المذهب المالكـي هو المعتمد مع أن قاعدة الشافعية أقـرب للعدالة وأحـرى بالاعتماد دفعا للمضارة ويمكن ذلك من خلال مبادئ ترسخها محكمة الاستئناف الشرعيـة والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني

مستجد الظهار

المطلب الأول: الظهار لغة واصطلاحا

- الظهار لغة:

الظهار لغة إذا أضيف إلى المرأة فهو بمعنى الترك يقال ظَاهر مِن امرأَتِهِ وتَظَاهر مِنْها وظَهر مِنْها تَظْهيرا كُله بِمعنًى تَرك[١].

- الظهار اصطلاحا:

الظهار عند الحنفية هو تَشْبِيه الزوجةِ أَو جزءٍ مِنْها شَائِعٍ أَو معبرٍ بِهِ عن الْكُل بِما لَا يحِل النظَر إلَيهِ مِن الْمحرمةِ علَى التأْبِيدِ ولَو بِرضاعٍ أَو صِهرية[٢] وعند المالكية هو تشبيه المسلم المكلف من تَحِل أَو جزأَها بِظَهر محرمٍ أَو جزئه[٣] وعند الشافعية تَشْبِيه الزوجةِ غَير الْبائِنِ بِأُنْثَى لَم تَكُن حِلا[٤] وعند الحنابلة الظهار هو أَن يشَبه زوج امرأَتَه، أَو يشَبه عضوا مِنْها بمن تَحرم علَيهِ أَو يشَبهها بِعضوٍ مِنْها[٥].

---

(١) أنظر الرازي، مختار الصحاح، ج١ ص ١٩٧

(٢) ابن الهمام ، فتح القدير، ج ٤ص ٢٤٥

(٣) الإمام خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، مختصر العلامة خليل، ص١٢٥، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ /٢٠٠٥م.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج ، ج ٥ص ٢٩

(٥) الرحيباني ، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيبانى (المتوفى: ١٢٤٣هـ) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ج٥ ص ٥٠٨ المكتب الإسلامي الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤

المطلب الثاني: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

المادة المتناولة للتفريق للظهار في القانون الجديد

المـادة (١٢٤):

إذا ظاهر الزوج من زوجته ولم يكفر عن يمين الظهار وطلبت الزوجة التفريق لعدم تكفيره عن يمينه أنذره القاضي بالتكفير عنه خلال أربعة أشهر من تاريخ تبلغه الإنذار فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق عليه طلقة رجعية ما لم تكن مكملة للثلاث[1].

فقد نص القانون الجديد على التفريق للظهار بعد أن كان العمل في مسائل الظهار على الراجح من المذهب الحنفي كما سب تبيانه

وقد بين القران الكريم أنه يحرم على المظاهر أن يطأ زوجته حتى يكفر عن ظهاره قال تعالى (والَّذِين يظَاهِرون مِن نِسائِهِم ثُم يعودون لِما قَالُوا فَتَحرِير رقَبةٍ مِن قَبلِ أَن يتَماسا ذَلِكُم تُوعظُون بِهِ والله بِما تَعملُون خَبِير * فَمن لَم يجِد فَصِيام شَهرينِ متَتَابِعينِ مِن قَبلِ أَن يتَماسا فَمن لَم يستَطِع فَإِطْعام سِتِين مِسكِينًا ذَلِك لِتُؤْمِنُوا بِاللهِ ورسولِهِ وتِلْك حدود اللهِ ولِلْكَافِرِين عذَاب أَلِيم) (المجادلة: ٣-٤) فيكون التكفير وفق الترتيب السابق من تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا

وروى الإمام أحمد في سبب نزول هذه الآيات عن خَولةَ بِنْتِ ثَعلَبةَ قَالَتْ: فِي - واللهِ - وفِي أَوسِ بن صامِتٍ أَنْزلَ الله عز وجل صدر سورةِ الْمجادلَةِ قَالَتْ: كُنْتُ عِنْده وكَان شَيخًا كَبِيرا قَد ساء خُلُقُه وضجِر، قَالَتْ: فَدخَلَ علَي يوما فَراجعتُه بِشَيءٍ فَغَضِب، فَقَالَ: أَنْتِ علَي كَظَهرِ أُمي، قَالَتْ: ثُم خَرج فَجلَس فِي نَادِي قَومِهِ ساعةً، ثُم دخَلَ علَي، فَإِذَا هو يرِيدنِي علَى نَفْسِي، قَالَتْ: فَقُلْتُ: كَلا والَّذِي نَفْس خُويلَةَ بِيدِهِ، لَا تَخْلُص إِلَي وقَد قُلْتَ ما قُلْتَ حتى يحكُم الله

---

(١) القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠.

ورسولُه فِينَا بِحكْمِهِ، قَالَتْ: فَواثَبنِي وامتَنَعتُ مِنْه، فَغَلَبتُه بِما تَغْلِب بِهِ الْمرأَةُ الشيخَ الضعِيفَ، فَأَلْقَيتُه عني، قَالَتْ: ثُم خَرجتُ إِلَى بعضِ جاراتِي فَاستَعرتُ مِنْها ثِيابها، ثُم خَرجتُ حتى جِئْتُ رسولَ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم فَجلَستُ بين يديهِ، فَذَكَرتُ لَه ما لَقِيتُ مِنْه، فَجعلْتُ أَشْكُو إِلَيهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم ما أَلْقَى مِن سوءِ خُلُقِهِ، قَالَتْ: فَجعلَ رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم يقُولُ: «يا خُويلَةُ، ابن عمكِ شَيخٌ كَبِير فَاتَقِي الله فِيهِ»، قَالَتْ: فَواللهِ ما برِحتُ حتى نَزلَ فِي الْقُرآن، فَتَغَشى رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم ما كَان يتَغَشاه، ثُم سري عنْه فَقَالَ لِي: «يا خُويلَةُ، قَد أَنْزلَ الله فِيكِ وفِي صاحِبِكِ» ، ثُم قَرأَ علَي: {قَد سمِع الله قَولَ الَتِي تُجادِلُك فِي زوجِها وتَشْتَكِي إِلَى اللهِ، والله يسمع تَحاوركُما، إِن الله سمِيع بصِير} [المجادلة: ١] إِلَى قَولِهِ: {ولِلْكَافِرِين عذَاب أَلِيم} [البقرة: ١٠٤] ، فَقَالَ لِي رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم: «مرِيهِ فَلْيعتِقْ رقَبةً» ، قَالَتْ: فَقُلْتُ: واللهِ يا رسولَ اللهِ ما عِنْده ما يعتِقُ، قَالَ: «فَلْيصم شَهرينِ متَتَابِعينِ» ، قَالَتْ: فَقُلْتُ: واللهِ يا رسولَ اللهِ إِنه شَيخٌ كَبِير ما بِهِ مِن صِيامٍ، قَالَ: «فَلْيطْعِم ستِين مِسكِينًا، وسقًا مِن تَمرٍ»، قَالَتْ: فَقُلْتُ: واللهِ يا رسولَ اللهِ ما ذَاك عِنْده، قَالَتْ: فَقَالَ رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم «فَإِنا سنُعِينُه بِعرقٍ مِن تَمرٍ» ، قَالَتْ: فَقُلْتُ: وأَنَا يا رسولَ اللهِ سأُعِينُه بِعرقٍ آخَر، قَالَ: «قَد أَصبتِ وأَحسنْتِ، فَاذْهبِي فَتَصدقِي عنْه، ثُم استَوصِي بِابن عمكِ خَيرا»[1].

ولم يتعرض القانون لأحكام الظهار وألفاظه ،بل المادة منصبة على التفريق لظهار الزوج من زوجته في حال عدم تكفيره عن ظهاره فنص القانون أن للزوجة المظاهر منها أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها المظاهر لعدم تكفيره عن يمينه

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند باب حديث خولة بنت ثعلبة أنظر الإمام أحمد، المسند، حديث رقم ٢٧٣١٩ ج٤٥، ص ٣٠٠.

وكان العمل في القانون السابق وفق الراجح من المذهب الحنفي، والمذهب عندهم في هذه المسألة أنه يجب على المرأة أن تمنع زوجها من الوطأ حتى يكفر عن ظهاره، فإن امتنع عن التكفير فللمرأة أن تطالب زوجها عند القاضي بالوطء بعد أن يكفر، فإن امتنع أجبره القاضي على أن يكفر عن يمينه وأن يطأ؛ لأن الزوج بظهاره وامتناعه عن التكفير منع زوجته حقها في الوطء مع القدرة ،فكان لها الحق بالمطالبة بما منعت منه ودفع الضرر عنها فيجبر الزوج على ذلك بالحبس حتى الإذعان أو الضرب،ولم يرد في المذهب الحنفي أن القاضي يطلق عن الزوج[1].

المطلب الثالث: مستند القانون في هذا المستجد

وباستعراض المذاهب الفقهية نجد المالكية والحنابلة المذهبين اللذين نصا على حق الزوجة بأن تطلب التفريق عند ظهار زوجها وامتناعه عن التكفير والوطأ، وأن المادة مستمدة بأغلب تفاصيلها من المذهب المالكي[2].

أما المالكية فتفصيل المذهب عندهم أن الزوجة إن طلبت عند القاضي رفع الضرر الواقع من الزوج بالتفريق وكان الزوج قادرا على الكفارة، فيمهله القاضي أربعة أشهر حتى يكفر عن ظهاره أو يطلق، فإن امتنع فرق القاضي بينهما بطلقة رجعية، وفي المذهب خلاف في بدء احتساب الأربعة أشهر ففي رواية من حين إعذار القاضي وما يعبر عنه بالحكم وفي رواية من حين الظهار وفي رواية من حين تبين الضرر وهو وقت امتناعه عن التكفير.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٣، ص٢٣٤ وابن الهمام، فتح القدير، ج ٤، ص ٢٤٦.

(٢) حيث إن المذهب الحنبلي ينص على هذه المسألة في باب الإيلاء، فرع من لم يتمكن من الجماع، والإعذار عند الحنابلة أن يطلب من المظاهر أن يكفر ويفيء أو يطلق في المدة المذكورة في باب الإيلاء وتنطبق عليها الشروط العامة للمولي. أنظر ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٥٦١. والبهوتي، كاشف القناع، ج٥، ص٣٦٥.

أما إذا كان الزوج المظاهر عاجزا عن الكفارة، وطلبت الزوجة التفريق لضررها من ترك الوطء، ففي المذهب رأيان الأول يأمر القاضي الزوج بالطلاق فإن امتنع طلق عليه القاضي طلقة رجعية، فإن قدر على الكفارة خلال العدة كفر وراجعها ،والرأي الثاني أن الزوج العاجز عن الكفارة لا يطلق عليه بسبب العذر وهناك من فصل بالنسبة للرأي الثاني، أن المظاهر إذا طرأ عليه العجز بعد الظهار فلا يطلق عليه ،وأما إن ظاهر وهو عاجز عن التكفير فيطلق عليه رفعا للضرر الذي تأكد قصده من قبل المظاهر وفي هذا قال ابن رشد (يدخُلُ الْإِيلَاء علَى الظهار بِشَرطِ أَن يكُون مضارا)[1].

أما الحنابلة فمذهبهم جواز التفريق لامتناع المظاهر عن الكفارة كما نقل عن الإمام أحمد عندما سئل فِي من قَالَ لِزوجتِهِ: أَنْتِ علَي كظَهر أُمي إن قَربتُك إلَى سنَةٍ. إن جاءتْ تَطْلُب، فَلَيس لَه أَن يعضلَها بعد مضِي الْأَربعةِ الْأَشْهر، يقَالُ لَه: إما أَن تَفِيء، وإما أَن تُطَلق. فَإِن وطِئَها، فَقَد وجب علَيهِ كفارةٌ، وإِن أَبى، وأَرادتْ مفَارقَتَه، طَلقَها الْحاكِم علَيه[2] ولم يشر المذهب إلى تفاصيل ذلك كما سبق بل جعل المسألة متداخلة مع الإيلاء، والقانون أطلق الأمر لمن ظاهر كما سبق بيانه ،فتبين من خلال ما سبق أن القانون قد استمد من المذهب المالكي.

رأي الباحث

إن في هذا المستجد رفعا لضرر ما كان بالإمكان رفعه وفقا للقانون السابق، فالقاضي لا يمكنه وفق القانون حبس المظاهر ولا ضربه، وعلى فرض الإمكان فهذه طريقة غير مجدية لتحقيق حياة أسرية محققة لمقاصدها في حال أرجع الزوج زوجته أو كفر عن يمينه ،فالطريق الصحيح لمن امتنع عن التكفير عن ظهاره مع القدرة ما سلكه القانون الجديد من التفريق بينهما

---

(١) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢ ص٤٣٢- ٤٣٣، والخرشي، شرح مختصر سيدي خليل، ج ٤، ص ٩٥-٩٦ وابن رشد، بداية المجتهد، ج ٣، ص١٢٨.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص٥٦٠.

لرفع الضرر عن الزوجة قياسا على الإيلاء وأدلته المذكورة سابقا، وفق منهج المالكية السابق في إطلاق الظهار دون اشتراط أن يمر عليه مدة الإيلاء وتبدأ المدة بالإعذار لأنه أضبط، ويكون عذر الزوج وفق رأي المالكية المفرق بين قاصد الضرر وغيره حتى لا تعلق المرأة بين حرمة تسليم نفسها قبل الكفارة وامتناع الزوج عن الكفارة.

المبحث الثالث

التفريق للغيبة والهجر

المطلب الأول: بيان وجه الاختلاف بين القانونين

ويدرج الباحث مواد القانونين

المواد الجديدة للتفريق للغياب والهجر:

الـمادة (١١٩):

إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها سنة فأكثر وكان معلوم محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما إذا تضررت من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

الـمادة (١٢٠):

إذا أمكن وصول الرسائل إلى الزوج الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بعد تحليفها اليمين.

الـمادة (١٢١):

إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بلا إعذار وضرب أجل وفي حال عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى.

الـمادة (١٢٢):

إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر وطلبت فسخ عقد زواجها منه أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها فإن لم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما.

- أما المادة القديمة رقم ١٢٣ فنصها:

إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

- غياب الزوج مع إمكان وصول الرسائل إليه

المادة (١٢٤):

إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا واعذر إليه بأنه يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بطلقة بائنه بعد تحليفها اليمين.

- غياب الزوج بمكان معلوم وعدم إمكان وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة

المادة (١٢٥):

إذا كان الزوج غائبا في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى طلق القاضي عليه بلا اعذار وضرب اجل وفي حالة عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى[1].

---

(١) القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦.

وباستعراض المواد السابقة نجد أن القانون الجديد قد استجد فيه المسائل التالية إسقاط العذر، وأن فرق بين الغيبة والهجر، واعتبار الفرقة فسخا بدلا من طلاق.

المطلب الثاني: مستجد إسقاط العذر ومستنده

أسقط القانون الجديد ضابط العذر من مادة التفريق للغيبة والضرر والهجر؛ حيث اشترط القانون القديم أن تكون غيبة الزوج عن زوجته أو هجره بلا عذر وحذف هذا الضابط في القانون الجديد حيث كان نص المادة رقم المادة (١٢٣) في القانون السابق إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

أما القانون الجديد فقد جاء في المادة رقم (١١٩) إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها سنة فأكثر وكان معلوم محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما إذا تضررت من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

وباستعراض الأسباب الموجبة للمادة في القانون القديم لبيان رجحان حذف هذه المادة من عدمه نجد الأسباب الموجبة نصت على (قد يسافر الزوج، ويغيب عن زوجته مدة طويلة، بلا سبب مشروع، أو قد يتركها، فلا هو يحملها إليه ولا يطلقها، بل يدعها تعاني الآلام والشدائد، غير عابئ بها ولا مهتم بأمرها وبقاء الزوجة على هذه الحالة يكون ضارا بها، ولو كان لها مال تنفق منه ولما كانت معالجة هذه الحالة تعتبر من الواجبات الاجتماعية المحتمة، ولم يكن في مذهب أبي حنيفة علاج لها، وكان مذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب، إذا طالت غيبته سنة فأكثر، وتضررت الزوجة، ولو كان للزوج مال يستطيع الإنفاق منه، فقد رؤي مراعاة للمصلحة العامة الأخذ بذهب مالك، ووضعت المادة (١٢٣) من هذا القانون كما وضعت المادتان

١٢٤، ١٢٥ منه؛ لبيان الطريقة الواجب إتباعها، فيما إذا كان يمكن وصول الرسائل إلى الغائب أو لا ومن يعذر إليه القاضي ومن يطلق عليه في الحال)[١].

فنجد الأسباب الموجبة قد بينت أحكام هذه المادة، ومنها أن غيبة الزوج غير مبررة وليست بسبب مشروع.

وباستعراض المذاهب الفقهية في هذه المسألة نجد المالكية والحنابلة المذهبين اللذين أجازا التفريق للغيبة والضرر، وقد بينت الأسباب الموجبة أن المصدر هو المذهب المالكي.

وباستعراض تفاصيل هذا الحكم في المذهب المالكي نجد أن المالكية لم يقيدوا حق الزوجة في طلب التفريق للغيبة بعدم وجود عذر للزوج، حيث إن شروط التفريق للغيبة عند المالكية طول الغيبة بأن تكون الغيبة مدة سنة فأكثر، والكتابة إلى الزوج إن أمكن أن يحضر أو ترحل امرأته إليه أو يطلق، وخوف الزوجة على نفسها الزنى[٢].

بينما نجد أن الحنابلة قيدوا التفريق بسبب غيبة الزوج عن زوجته بعدم عذر الزوج في سفره، وعبر الحنابلة عن العذر بالحاجة أو أمر لا بد منه ومثلوا له بالغزو و/أو الحج الواجبين أو طلب رزق يحتاجه، إذ أن عذره يسقط حق الزوجة بالقسم والوطء.

فإن كان للزوج عذر في سفره لا يحق لامرأته طلب التفريق ولم يقيد الحنابلة غيبة الزوج بعذر بوقت معين، بل مجرد كون الغيبة بعذر يسقط حق الزوجة في طلب التفريق وإن طالت الغيبة جاء في المغني (وإن سافَر عن امرأَتِهِ لَعذْرٍ وحاجةٍ، سقَطَ حقها مِن الْقَسمِ والْوطْءِ، وإن طَالَ سفَره)[٣].

---

(١) الداود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج١، ص٢٢٧.

(٢) أنظر الدردير، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٢ ص ٤٣١.

(٣) أنظر ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣٠٤. والبهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٤٢٣.

ويرى الباحث أن القانون وإن استمد من المذهب المالكي كما جاء في الأسباب الموجبة للقانون السابق إلا أن المادة في القانون السابق قد اشترطت عدم عذر الزوج في سفره.

والعدالة تشترط وجود هذا الضابط ،فقد يكون الزوج جنديا خرج في واجب الدفاع عن أرضه واضطر للمكث سنة غائبا عن زوجه، أو خرج لطلب الرزق ووقع عقدا يمنعه من القدوم قبل سنة بعد وكان خروجه بالاتفاق مع زوجته، فلا يتسق مع مبادئ العدالة أن نجيز التفريق في هذه الحالات أو ما ماثلها.

وقد جاء في اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية وفق القانون السابق ما نصه أن إذن الزوجة للزوج بالسفر خارج البلاد يمنعها موضوعا من طلب التفريق للغيبة والضرر[١].

ولكن القانون وبعد أن أسقط العذر من ادعاء المدعية، عاد وذكر العذر في حالة كون الزوج معلوم محل الإقامة جاء في الـمادة ١٢٠- إذا أمكن وصول الرسائل إلى الزوج الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بعد تحليفها اليمين،ولكن هذا القيد في حالة الإعذار ولمعلوم محل الإقامة فقط.

رأي الباحث

ويقف الباحث هنا أمام المسألة التالية :هل العذر مطلقا مانع للزوجة من رفع هذه الدعوى وإن طال زمن غيبة الزوج، يرى الباحث أنه كان ينبغي أن يفرق القانون بين من لا عذر له ومن له عذر من حيث مدة الغيبة، فيحق لمن غاب عنها زوجها سنة فأكثر بلا عذر طلب التفريق للغيبة والضرر، وأما إن كان غيابه بعذر فلا بد أن تكون غيبته أكثر من ذلك

---

(١) القرار رقم ٢١٠٣٧ تاريخ ٢٢-١٠-١٩٧٩ والقرار رقم ٩٤٨٤ ٦-٥-١٩٥٧ والقرار رقم ١٤٦٢٧ ٢٢-٧-١٩٦٦.

كثلاث سنوات أو أربع حيث جاء في المذهب المالكي من اشترط أن تكون غيبة الزوج لا تقل عن هذه المدة رفعا للضرر عن الزوجة بطول المدة والله أعلم[١].

ولا يقال أن القانون لما أسقط العذر فقد درأ أن تحلف الزوجة أو تدعي ما ليس لها به علم بالنسبة لمجهول محل الإقامة وكذلك أن يشهد الشهود بأمر لا يستطيعون الإحاطة به[٢]، فيمكن معالجة هذه الحالة في حال عدم البتات والقطع بالعلم بعدم العذر، الادعاء بناء على العلم لا على البتات أي حدود العلم وكذلك اليمين، قياسا على الزوجة التي تدعي أن زوجها لم يرجعها وما شابهها من حالات يدعى بها بالعلم لا على البتات.

المطلب الثالث: المستجد الثاني التفريق بين الغيبة والهجر ومستنده

فرق القانون الجديد بين التفريق للغيبة والتفريق للهجر، فجاء كل سبب في مادة مستقلة، وجاء في مادة التفريق للهجر إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر وطلبت فسخ عقد زواجها منه، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها، فإن لم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما.

فالمادة كما يتضح تعالج حالة من امتنع عن جماع زوجته مع قدرته من غير غيبة، فالمادة نصت على عدم قربانه لها في بيت الزوجية أي هو مقيم في بيت الزوجية ولكنه ممتنع عن قربان زوجته.

والقربان هو الجماع ؛حيث ذكرت المادة أن القاضي يعذر الزوج أن يفيء إلى زوجته والفيئة هي الجماع بإجماع الفقهاء على هذا التفسير[٣]، وكذلك جعل القانون من شروط هذه

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل، ج ٤ص ١٥٦

(٢) أشارت إلى هذا المعنى المذكرة التي وزعتها دائرة قاضي القضاة والتي بينت فيها أبرز محاور القانون www.sjd.gov.jo

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص ٥٥٧.

الدعوى عدم وجود عذر للزوج والعذر عادة منصرف إلى مانع من الجماع لا من القرب بالعموم.

وهذه المادة من حيث الموضوع ليست من مستجدات القانون حيث نصت المادة ١٢٣ من القانون القديم في التفريق للغيبة والضرر على الهجر وجاء في المادة إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول

والهجر كما استقر اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية هو الامتناع عن المعاشرة وهو سبب رفع هذه الدعوى فمتى تمت المعاشرة ارتفع الضرر.

وبينت محكمة الاستئناف الشرعية سبب إلحاق الهجر بالغيبة بأنهما مشتركان في العلة المجيزة لطلب الحكم بالتطليق وفي تحقق الغيبة في كليهما فالهاجر كالغائب(١).

وحذف القانون في هذا الفرع ادعاء الضرر، وبين في المذكرة التي وزعتها دائرة قاضي القضاة أن سبب هذا الحذف هو التخفيف على المدعية من عبء الإثبات، حتى لا تضطر إلى إثبات أمر هي مصدره فالضرر أمر ذاتي ولا معرفة للشهود إلا من خلاله، وبالنسبة للعذر فقد عاد وألحقه في إجابة الزوج على الدعوى(٢).

وبالرجوع إلى المذهب المالكي الذي نصت الأسباب الموجبة أنه المصدر لمواد التفريق للغيبة، نجده قد نص على الضرر في مسألة الهجر حيث ذكر من ترك الوطء ضررا فيطلق عليه، وترفع الدعوى ممن تضررت من ترك الوطء(٣).

---

(١) أنظر القرارات رقم ٢١٠٤٠ تاريخ ٢٨ -٧-١٩٧٩ والقرار رقم ١٩٥١٢ تاريخ ٣٠ – ٦ -١٩٧٧.

(٢) أنظر المذكرة التي وزعتها دائرة قاضي القضاة في بيان لأبرز محاور هذا القانون في موقع الدائرة الالكتروني www.sjd.gov.jo

(٣) الدردير، الشرح الكبير، ومعه حاشية الدسوقي، ج ٢ص ٤٣١.

أما المذهب الحنبلي فجاء فيه أنه يجب على الزوج أن يطأ زوجته كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن به أو بها عذر، فإن أبى الزوج بلا عذر حتى مضت الأشهر الأربعة فرق القاضي بين الزوجين بطلب الزوجة، واستدلوا على ذلك بأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ولدفع الضرر عنهما، ولو لم يكن الوطء واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا، وهكذا نرى أن الحنابلة لم يشترطوا ادعاء المرأة للضرر، حيث إن الضرر حال بترك الوطء[١].

وقد أوجبت محكمة الاستئناف الشرعية التفريق في المواد المستند إليها في التفريق للغيبة أو الهجر بين مادتي التفريق المذكورتين حيث إن القانون فرق بينهما[٢].

رأي الباحث

ويرى الباحث من خلال ما سبق أن الأولى بالقانون أن يشترط الضرر بالادعاء ولكن يستثنيه من الإثبات في حال وصلت الدعوى إلى دور الإثبات، ويكرر الباحث ما قاله سابقا بالنسبة لإسقاط العذر من الادعاء وذكره بإجابة الزوج ،حيث إن المالكية أناطوا التفريق بمن ترك الوطء ضررا، والحنابلة اشترطوا العذر ؛وعليه فلا يجد الباحث مسوغا لهذا الحذف وا أعلم.

المطلب الرابع: اعتبار التفريق فسخا بدلا من طلاق

عدل القانون الجديد وصف الطلاق في التفريق للغيبة والضرر والهجر من طلقة بائنة كما كان الأمر في القانون السابق إلى فسخ لعقد الزواج[٣].

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ج٥ ص ١٩٢.

(٢) القرار الاستئنافي رقم ٢٠١٠/٨٨ - ٧٨٣٦٧.

(٣) أنظر المادة ١١٩ و١٢١ من القانون رقم ١٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم لعام ٢٠١٠ بينما كان القانون السابق وفق المادة ١٢٣ وما بعدها رقم لعام ١٩٧٦.

وقد نصت الأسباب الموجبة للقانون السابق أن المذهب المالكي هو المصدر لهذه المادة حيث جاء فيها (وكان مذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب، إذا طالت غيبته سنة فأكثر، وتضررت الزوجة، ولو كان للزوج مال يستطيع الإنفاق منه، فقد رؤي مراعاة للمصلحة العامة الأخذ بمذهب مالك، ووضعت المادة (١٢٣) من هذا القانون كما وضعت المادتان ١٢٥،١٢٤ منه ؛لبيان الطريقة الواجب إتباعها، فيما إذا كان يمكن وصول الرسائل إلى الغائب أو لا ومن يعذر إليه القاضي ومن يطلق عليه في الحال)[١].

فنصت الأسباب الموجبة أن المذهب المالكي هو المصدر لهذه المادة ،ونص المالكية على أن هذه الفرقة تقع طلاقا جاء في مواهب الجليل (فَهذَا يكْتُب إلَيهِ السلْطَان إما أَن يقْدم أَو يحمِلَ امرأَته إلَيهِ أَو يفَارقَها، وإِلا طَلَقَ علَيهِ)[٢].

فمذهب المالكية بالتفريق أن أي طلاق يحكم به بطلب من أحد الزوجين، يكون بائنا باستثناء الطلاق لِلإِيلَاءِ أَو الإعسار[٣].

وباستعراض المذاهب نجد المجيزين للتفريق للغيبة هم المالكية والحنابلة، والحنابلة يعدون هذا التفريق فسخا[٤] فقد وضع الحنابلة ضابطا في تعليلهم لاعتبار الفرقة فسخا في عدد من الأبواب أن الفرقة لما كانت بحكم الحاكم، ومن غير لفظ من الزوج ولا نية وباختيار المرأة تكون فسخا[٥].

---

(١) أنظر الداود، القرارات الاستئنافة، ج١ ص٢٢٧.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، ج ٤، ص ١٥٦.

(٣) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، ص٣٥١-٣٥٢، وسنتعرض لمذهب المالكية وضوابطهم بالتفريق بعد قليل.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ج ٥ ص ٤٢٣

(٥) أنظر ابن قدامة، المغني، ج ٧-١٥٢ وص١٩٣وص ١٩٨وص٣٢٩

وقد فسخت محكمة الاستئناف الشرعية قرار محكمة البداية القاضي بالتفريق بطلقة بائنة للغيبة والضرر حيث إن المادة اعتبرت التفريق فسخا وقامت محكمة الاستئناف ولتوفر أسباب الحكم وعملا بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات بالتفريق بين المتداعيين وبنفس القرار فسخا[١].

وقد سبق بيان رأي الباحث في الفصل التمهيدي من الرسالة.

---

(١) أنظر القرار رقم الاستئنافي رقم٢٠١١/١٢٩-٢٠٨-٧٨٥٠٨ تاريخ ١٣-١-٢٠١١

المبحث الرابع

مستجد التفريق للحبس بيان المستجد ومستنده

استجد في قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ في باب التفريق للحبس أن نص على أن الإفراج عن الزوج قبل صدور الحكم سبب لرد الدعوى وأن التفريق يقع فسخا بدلا من طلاق، حيث جاء في المادة الـمادة رقم ١٢٥- من القانون الجديد(لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته فسخ عقد زواجها منه، ولو كان له مال تستطيع الإنفـاق منه، فإذا أفـرج عنه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب).

أما المادة ١٣٠في القانون القديم فجاء فيها (لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائنا، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)[1].

- الأسباب الموجبة للقانون القديم:

بما أن الزوج الذي حكم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية ثلاث سنوات فأكثر يشبه الغائب الذي طالت غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته من بعده عنها، ولو كان له مال تنفق منه رفعا للضرر عن زوجة السجين المشابه لزوجة الأسير، التي نص الفقهاء على أن لها الحق في طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها، ولما كان العمل بهذا فيه تحقيق لمصلحة الزوجة، وضعت المادة ١٣٠ من قانون الأحوال الشخصية أخذا بمذهب الإمام أحمد[2].

---

(١) القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦

(٢) أنظر الداود، أحمد محمد علي الداود، الأحوال الشخصية، ج٢، ص ٢٥١، دار الثقافة.

أما المذهب الحنبلي فالنص عندهم (ونَص الْإِمامِ أَحمد فِي الَّذِي يصوم النهار ويقُوم الليلَ يدل علَى وجوبِ الْمبِيتِ فِي الْمضجعِ وكَذَا ما ذَكَره فِي النشُوزِ إذَا نَشَزتْ هجرها فِي الْمضجعِ دلِيلٌ علَى أَنه لَا يفْعلُه بِدون ذَلِك وحصولُ الضررِ لِلزوجةِ بِتركِ الْوطْءِ مقْتَضٍ لِلْفَسخِ بِكُلِّ حالٍ سواء كَان بِقَصدٍ مِن الزوجِ أَو بِغَيرِ قَصدٍ ولَو مع قُدرتِهِ وعجزِهِ كَالنفَقَةِ وَأَولَى لِلْفَسخِ بِتَعذرِهِ فِي الْإِيلَاءِ إجماعا وعلَى هذَا فَالْقَولُ فِي امرأَةِ الْأَسِيرِ والْمحبوسِ ونَحوِهِما مِمن تَعذر انْتِفَاع امرأَتِهِ بِهِ إذَا طَلَبتْ فُرقَتَه كَالْقَولِ فِي امرأَةِ الْمفْقُودِ بِالْإِجماعِ كما قَالَه أَبو محمدٍ الْمقْدِسِي[١].

- اعتبار الطلقة فسخا بدلا من طلاق:

استجد في القانون الجديد أن اعتبر الفرقة للحبس فسخا بدلا من الطلاق البائن وفق القانون السابق، وبهذا التعديل يكون المشرع قد اتسق مع المذهب الذي أخذت منه المادة أصلا، فالأسباب الموجبة للقانون السابق نصت على أن مذهب الإمام احمد هو المرجع لهذه المسألة، وقاعدة المذهب الحنبلي في المسألة أن الفرقة لما لم تكن بلفظ من الزوج صريح أو كنائي ولا تفويض منه وقعت فسخا لا طلاقا وقد بين الباحث هذه المسالة في الفصل التمهيدي في هذه الرسالة.

رأي الباحث

ويرى الباحث أن في هذه الإضافة قيدا توضيحيا مهما مزيلا للإشكال المتمثل في من كانت دعواها حين رفعت مستوفية لأركانها، فالمادة نصت أن الطلب يكون لزوجة المحبوس، فلو فرضنا قضية كان الزوج محبوسا فيها حين رفع الدعوى وأفرج عن الزوج حين نظر

---

(١) الإمام مجد الدين تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد ا بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الفتاوى الكبرى، ج٥، ص٤٨٢، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م

الدعوى لظهور أدلة جديدة أو عفو أو ما شابه، فهل تصبح الدعوى وفق القانون السابق مستوجبة للرد، أم إن الدعوى حين رفعت كانت مستوفية للأركان ولا يسمع هذا الدفع الطارئ.

إن الإضافة التي جاءت في هذه القانون رفعت الخلاف في فهم المادة، وإن كان الفهم الصحيح للمادة السابقة يوجب رد الدعوى، ولكن حتى لا يبقى هناك مجال للخلاف جاءت هذه الإضافة المحققة لمقصود المادة من رفع الضرر عن زوجة السجين ولا يكون هناك مجال لتطبيق المادة بشكل مخالف لمقصودها.

ومما يؤكد أهمية هذا القيد ورفعه لفهم متوهم، أن محكمة الاستئناف الشرعية عالجت في قرارها[1] خطأ المحكمة الابتدائية حين أغفلت محكمة البداية دفع المدعى عليه أن عقوبته أصبحت سنة ونصف وأن الدعوى ما عادت مسموعة، وإن كانت حين رفعها مسموعة ففسخت محكمة الاستئناف الحكم لتقوم المحكمة الابتدائية بالتحقيق في هذا الدفع في اتفاق مع القانون الجديد فيما جلاه من أن هذا القيد يجب أن يكون مستوفيا في جميع مراحل الدعوى وا أعلم.

---

(١) رقم ٢٧٣٢٣ تاريخ ٤-٢-١٩٨٧.

الفصل السادس

مستجدات التفريق لإباء الإسلام والردة

المبحث الأول: مستجد التفريق لإباء الإسلام

المطلب الأول: بيان أوجه الفرق بين القانونين

المطلب الثاني: مستند القانون في هذه المستجدات

الفرع الأول: فترة الإمهال

الفرع الثاني: تغيير وصف الطلاق من فرقة إلى فسخ

المبحث الثاني: مستجدات الردة

المطلب الأول: تعريف الردة

المطلب الثاني: بيان أوجه الفرق بين القانونين

المطلب الثالث: مستند القانون في مستجد عدم التفريق بين الزوجين لردة أحدهما بعد الدخول بمجرد الردة

الفصل السادس

مستجدات التفريق لإباء الإسلام والردة

ضبطت الشريعة الإسلامية أحكام الزواج بضوابط متعددة تهدف إلى تحقيق مقصود الإسلام من الزواج من المودة والرحمة وإنشاء أسرة مسلمة تحقق واجب الاستخلاف، ومن هذه الضوابط عدم حل زواج المسلمـة بغير المسلم وعدم حل زواج المسلم بالكافرة باستثناء الكتابيات، ودليل ذلك قوله تعالـى (ولَا تَنْكِحوا الْمشْرِكَاتِ حتى يؤْمِن ولَأمةٌ مؤْمِنَةٌ خَير مِن مشْرِكَةٍ ولَو أَعجبتْكُم ولَا تُنْكِحوا الْمشْرِكِين حتى يؤْمِنُوا ولَعبد مؤْمِن خَير مِن مشْرِكٍ ولَو أَعجبكُم أُولَئِك يدعون إِلَى النارِ والله يدعو إِلَى الْجنةِ والْمغْفِرةِ بِإِذْنِهِ ويبين آياتِهِ لِلناسِ لَعلهم يتَذَكَرون) (البقرة: ٢٢١).

وقوله تعالى (الْيوم أُحِل لَكُم الطيباتُ وطَعام الَذِين أُوتُوا الْكِتَاب حِل لَكُم وطَعامكُم حِل لَهم والْمحصنَاتُ مِن الْمؤْمِنَاتِ والْمحصنَاتُ مِن الَذِين أُوتُوا الْكِتَاب مِن قَبلِكُم إِذَا آتَيتُموهن أُجورهن محصِنِين غَير مسافِحِين ولَا متخِذِي أَخْدانٍ ومن يكْفُر بِالْإِيمان فَقَد حبِطَ عملُه وهو فِي الْآخِرةِ مِن الْخَاسِرِين) (المائدة: آية ٥).

وقوله تعالى (ولَا تُمسِكُوا بِعِصمِ الْكَوافِرِ واسأَلُوا ما أَنْفَقْتُم ولْيسأَلُوا ما أَنْفَقُوا ذَلِكُم حكْم اللهِ يحكُم بينَكُم والله علِيم حكِيم) (الممتحنة: ١٠)[١].

---

(١) أنظر القرطبي، الجامع لأحكام القران، ج٣، ص٦٧ وج١٨، ص٦٣، وابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، تفسير ابن كثير - تفسير القران العظيم، ج١، ص٥٨٢، وج ٨، ص٩٣، تحقيق سامي بن محمد سلامة دار طيبة للنشر والتوزيع الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م وابن الهمام، فتح القدير على الهداية، ج٣، ص ٢٢٨-٢٣٠ والمدونة الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج٢، ص٢١٢، دار الكتب العلمية، ط١، عام النشر ١٩٩٤. والهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (٩٧٤هـ) تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، ج٧، ص٣٢٣،=

وعليه إذا أسلمت الزوجة وكان زوجها على غير الإسلام أو أسلم الزوج وكانت زوجته غير كتابية أو إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام، فلا يصح بقاء العقد بينهما ولقد تناول القانون هذه المسألة في مستجد التفريق لإباء الإسلام والردة.

=المكتبة التجارية الكبرى مصر صورت في دار إحياء التراث ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م، وابن قدامة، المغني، ج٧ ص١٥٥ حيث نقل الإجماع على حرمة زواج المسلمة بالكافر، والابياني، محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج ١، ص ١٨٣، مكتبة النهضة.

المبحث الأول

مستجد التفريق لإباء الإسلام

المطلب الأول: بيان أوجه الفرق بين القانونين

كان العمل في المحاكم الشرعية في التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الإسلام قبل إقرار قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ على الراجح من المذهب الحنفي، حيث لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية الأردني السابق للتفريق لإباء الإسلام والردة، وعليه وعملا بالمادة ١٨٣ من قانون الأحوال الشخصية الصادر ١٩٧٦ يكون العمل بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة.

وقد تناول القانون الجديد هذا الباب من التفريق في قانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ بالمواد التالية: التفريق لإباء الإسلام والردة

المادة (١٤٠):

أ- إذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلما معاً فزواجهما باق.

ب- إذا أسلم الزوج وحده وزوجته كتابية فالزواج باق وإن كانت غير كتابية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت أو صارت كتابية بقي الزواج وإن أبت فسخ الزواج.

ج- إذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على الزوج فإن أسلم بقي الزواج وإن أبى فسخ الزواج.

د- يمهل من أبى تسعين يوماً من تاريخ عرض الإسلام عليه إذا كان عاقلاً بالغاً فإن لم يكن كذلك فسخ العقد في الحال.

الـمادة (١٤١):

يشترط لبقاء الزوجية في الأحوال المذكورة في المادة (١٤٠) من هذا القانون أن لا يكون بين الزوجين سبب من أسباب التحريم المبينة في هذا القانون[١].

وبما أن موضوع هذه الرسالة عرض المستجدات في باب التفريق القضائي في هذا القانون، فأبدأ بالمقارنة بين أحكام المذهب الحنفي وفق الراجح للتفريق لإباء الإسلام وبين أحكام القانون لبيان المستجد ثم بيان المذهب الذي استمد منه القانون مع دليله.

- المذهب الحنفي وأحكامه بالنسبة لإسلام الزوجين معا أو إسلام أحدهما وإباء الآخر

يرى الحنفية أن الزوجين إذا أسلما معا بقي النكاح بينهما، وإن أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية فالنكاح باق أيضا؛ حيث إن النكاح بينهما ابتدأ صحيحا ولم يدخل عليه ما يخل في صحته إلا إن كان بينهما سبب للتحريم أصلا، وإن لم تكن الزوجة كتابية كأن تكون مجوسية أو وثنية أو غير ذلك ممن لا يحل الزواج بهن يعرض عليها الإسلام لتحصيل مصالح النكاح بالإسلام، فإن أسلمت فالزواج باق وإلا فرق بينهما لأن نكاحها حرام ابتداء وبقاء، ويكون التفريق فسخا لأن التفريق من قبلها وهي ليست أهلا للطلاق، أما إذا أسلمت الزوجة فيعرض الإسلام على زوجها فإن أسلم فالزواج باق وإلا فرق بينهما بطلاق، لعدم جواز بقاء المسلمة تحت كافر، ولأن الزوج رفض بإبائه الإمساك بمعروف فكان التفريق من قبل القاضي، ولا فرق في ذلك إن كان الإسلام قبل الدخول أم بعده، ولا بد من عرض الإسلام لأن ثمرات ومقاصد الزواج قد فاتت بالإباء ولابد مِن سببٍ تُبتَنَى علَيهِ الْفُرقَةُ، والْإِسلَام طَاعةٌ لَا يصلُح سببا إذ هو عاصم للأملاك فَيعرض الْإِسلَام لِتَحصلَ الْمقَاصِد بِالْإِسلَامِ أَو تَثْبتَ الْفُرقَةُ بِالْإِباءِ[٢].

---

(١) القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠

(٢) وعند أبي يوسف يعتبر التفريق فسخا وسيتعرض له لاحقا أنظر السرخسي، المبسوط، ج٥، ص٤٥، وانظر الغنيمي، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى:=

وينقل الحنفية إجماع الصحابة على عرض الإسلام فإن كان الإباء يفرق الحاكم أو منابه، حيث عرض سيدنا عمر رضي ا عنه الإسلام على رجل أسلمت امرأته فأبى ففرق بينهما.

وقيد الحنفية عرض الإسلام على من يعقل، فإن كان لا يعقل الإسلام عرض الإسلام على أبويه حيث إنه تابع لهما فإن أسلم أحدهما فالزوج تابع له وإلا ففرق بينهما.

والأحكام السابقة في حال كون الزوجين في دار الإسلام أما إن كانا في دار الحرب وأسلم أحدهما لا تقع الفرقة حتى تنقضي ثلاث حيضات للزوجة قبل إسلام الآخر وثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض، وسبب ذلك حسب ما بين الحنفية أنه لا بد من عرض الإسلام على من أبى وهذا متعذر لقصور الولاية، والفرقة لابد منها فأقيم الشرط وهو طرق الحيض مكان السبب وهو عرض الإسلام وإباؤه، أما إذا خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام وقعت البينونة بينهما[1].

ونلاحظ أن القانون متفق مع المذهب الحنفي في حكمه على الزوجين إذا أسلما معا وفي عدم تفريقه بين إسلامهما قبل الدخول وبعده ولكنه يختلف عن المذهب في فترة الإمهال لمن أبى الإسلام، فالحنفية يرون أن الطلاق يقع فورا إن أبت الزوجة الإسلام بعد عرضه عليها دون

= ١٢٩٨هـ) اللباب في شرح الكتاب، ج٣، ص ٢٦، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد المكتبة العلمية، بيروت – لبنان وابن الهمام، فتح القدير على الهداية، ج٣، ص٤٢٠ -٤٢٣. والكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، ص٣٣٧ والموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٣ ص١١٣.

(١) أنظر السرخسي، المبسوط، ج٥، ص٤٥، وانظر الغنيمي، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨هـ) اللباب في شرح الكتاب ج٣ ص ٢٦ تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد المكتبة العلمية، بيروت – لبنان وابن الهمام، فتح القدير على الهداية، ج٣، ص٤٢٠ -٤٢٣ والكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، ص٣٣٧. والموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٣ ص١١٣، ومسألة اختلاف الدار يبحث فيها أن هل توجب الفرقة أم لا ويدخل فيها من خرج من دار الحرب إلى دار الإسلام بعد أن أسلم.

إمهال تسعين يوما أو انتهاء عدة وأن الإمهال بطرق الحيض محصور في حال أن الزوجين كانا في دار الحرب.

واختلاف القانون مع المذهب الحنفي في تكييفه للفرقة فالقانون جعلها في الحالتين فسخا، والحنفية نصوا أنه في حال إباء الزوجة فهو فسخ وفي حال إباء الزوج فهو طلاق، واختلاف القانون مع المذهب الحنفي بالنسبة لمن لا يعقل من الزوجين حيث إن الحنفية يرون عرض الإسلام على أبويه فهو تابع لأحسنهما دينا بينما نص القانون أن النكاح يفسخ في الحال إن كان الزوج غير عاقل من غير عرض الإسلام على أبويه، ويرى الباحث أن غير العاقل لا يدين بدين وأولاده يتبعون من أسلم من أبويهم، ولا داعي أن يلغى القانون مبدأ عرض الإسلام على أبويه إذ لا مصلحة من ذلك.

المطلب الثاني: مستند القانون في هذه المستجدات

الفرع الأول: فترة الإمهال

وإذا رجعنا إلى المذاهب الفقهية الأربعة وجدنا أن القانون قد أخذ فترة الإمهال من مذهب الشافعية والحنابلة[(١)].

حيث إن الشافعية والحنابلة في الراجح عندهم يرون أنه إذا أسلم الزوج وزوجته كتابيه دام النكاح؛ لأنه يحل له نكاحها ،أما إن كانت غير ذلك كمجوسية أو من لا يصح نكاحها من المسلم ابتداء وتخلفت عن الإسلام، فيختلف الحكم بين كون الزوج داخلا أو لا، فإن كان قبل

---

(١) فالمالكية يرون أنه إِذَا أَسلَم الرجلُ قَبلَ امرأَتِهِ وقَعتْ الْفُرقَةُ بينَهما إِذَا عرض علَيها الْإِسلَام فَلَم تسلم أما إن كانت المرأة هي التي أسلمت ولم يسلم الزوج خلال عدتها فيفرق بينهما أنظر القرطبي، الجامع لأحكام القران، ج١٨، ص ٦٨ العدوي، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (المتوفى: ١١٨٩هـ)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج٢ ص٧١ ،تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي دار الفكر – بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م وليس موضوع الرسالة بحث المذاهب الأربعة في المسألة بل المذهب الذي استمد منه القانون مع دليله.

الدخول وتخلفت الزوجة عن الدخول في الإسلام تتنجز الفرقة؛ لِأن النكاح غَير متأكدٍ بِدلِيل أَنها تَبِين بِالطلْقَةِ الْواحِدةِ، ولقوله تعالى {ولا تُمسِكُوا بِعِصمِ الْكَوافِرِ} [الممتحنة: ١٠]. أما إن كان بينهما دخول وأسلمت خلال عدتها دام النكاح، وإن لم تسلم فرق بينهما، والفرقة في الحالتين فسخ، وفي حال أن الزوجة هي التي أسلمت ولم يكن بينهما دخول وتخاف الزوج عن الإسلام يفرق بينهما، وأما إن كان بينهما دخول وأسلم الزوج خلال العدة دام النكاح وإلا فرق بينهما لعدم جواز بقائها تحت كافر والفرقة تقع فسخا(١).

ويستدل الشافعية والحنابلة فيما ذهبوا إليه من فترة الإمهال وهو موضوع بحثنا، إلى ما رواه أَبو داود عن ابن عباسٍ - رضِي الله تَعالَى عنْهما -: «أَن امرأَةً أَسلَمتْ علَى عهدِ رسول اللهِ - صلى الله علَيهِ وسلم - فَتَزوجتْ فَجاء زوجها. فَقَالَ يا رسولَ اللهِ: إني كُنْتُ أَسلَمتُ وعلِمت بِإِسلَامِي فَانْتَزعها رسولُ اللهِ - صلى الله علَيهِ وسلم - مِن زوجِها وردها إلَى زوجِها الْأَول»(٢).

وما رواه الإمام مالِك فِي موطئِهِ أَنه بلَغَه «أَن نِساء كُن فِي عهدِ رسول اللهِ صلى الله علَيهِ وسلم يسلِمن بِأَرضِهِن وهن غَير مهاجِراتٍ وأَزواجهن حِين أَسلَمن كُفار مِنْهن بِنْتُ الْولِيدِ بن الْمغِيرةِ وكَانَتْ تَحتَ صفْوان بن أُميةَ فَأَسلَمتْ يوم الْفَتْحِ وهرب زوجها صفْوان بن أُميةَ مِن الْإِسلَامِ فَبعثَ إِلَيهِ رسولُ اللهِ صلى الله علَيهِ وسلم ابن عمهِ وهب بن عميرٍ بِرداءِ رسول اللهِ صلى الله علَيهِ وسلم أَمانًا لِصفْوان بن أُميةَ ودعاه رسولُ اللهِ صلى الله علَيهِ وسلم إِلَى الْإِسلَامِ

(١) أنظر الشربيني،الخطيب الشربيني، ج٤، ص٣٢٠، والهيتمي، تحفة المحتاج، ج٧، ص٢٧٩، وابن قدامة، المغني، ج٧ ص ١٥٣-١٥٤ والبهوتي، كشاف القناع، ج٥، ص١١٩.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباسٍ قَالَ: أَسلَمتِ امرأَةٌ علَى عهدِ رسول اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم فَتَزوجتْ، فَجاء زوجها إِلَى النبِي صلى ا ُ علَيهِ وسلم، فَقَالَ: يا رسولَ اللهِ إِني قَد كُنْتُ أَسلَمتُ، وعلِمتْ بِإِسلَامِي، «فَانْتَزعها رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم مِن زوجِها الْآخَرِ، وردها إِلَى زوجِها الْأَول» أنظر أبو داود، سنن أبي داود، ج٢ ص٢٧١ حديث رقم ٢٢٣٩.

وأن يقْدم عليهِ فَإن رضي أمرا قبله وإلا سيره شهرين فلما قدم صفْوان على رسول اللهِ صلى الله عليهِ وسلم بردائِهِ ناداه على رؤوسِ الناسِ فقَالَ يا محمد إن هذَا وهب بن عميرٍ جاءني بردائك وزعم أنك دعوتني إلى القُدومِ عليك فَإن رضيتُ أمرا قبلْتُه وإلا سيرتني شهرين فقَالَ رسولُ اللهِ صلى الله عليهِ وسلم انزلْ أبا وهبٍ فقَالَ لا واللهِ لا أنزلُ حتى تبين لي فقَالَ رسولُ اللهِ صلى الله عليهِ وسلم بلْ لك تسِير أربعةَ أشهرٍ فخَرج رسولُ اللهِ صلى الله عليهِ وسلم قِبلَ هوازن بحنينٍ فأرسلَ إلى صفْوان بن أُميةَ يستعِيره أداةً وسِلاحا عِنْده فقَالَ صفْوان أطَوعا أم كرها فقَالَ بلْ طَوعا فأعاره الأداةَ والسلاح الذِي عِنْده ثُم خرج صفْوان مع رسول اللهِ صلى الله عليهِ وسلم وهو كافِر فشهد حنينًا والطائِفَ وهو كافِر وامرأَتُه مسلِمةٌ ولم يفَرقْ رسولُ اللهِ صلى الله عليهِ وسلم بينه وبين امرأَتِهِ حتى أسلم صفْوان واستقَرتْ عِنْده امرأَتُه بذَلك النكاح».

- ويعلق ابن عبدِ البر: وشُهرةُ هذَا الحدِيثِ أقْوى مِن إسنادِهِ:

وأن أُم حكِيمٍ بنْتَ الحارثِ بن هِشامٍ وكانتْ تحتَ عِكْرمةَ بن أَبي جهلٍ فأسلمتْ يوم الفَتْح وهرب زوجها عِكْرمةُ بن أَبي جهلٍ مِن الإِسلامِ حتى قدِم اليمن فارتحلتْ أُم حكِيمٍ حتى قدِمتْ عليهِ باليمن فدعتْه إلى الإِسلامِ فأسلم وقدِم على رسول اللهِ صلى الله عليهِ وسلم عام الفَتْح فلما رآه رسولُ اللهِ صلى الله عليهِ وسلم وثَب إليهِ فرحا وما عليهِ رداء حتى بايعه» فثَبتَا على نِكاحِهِما ذَلك[1].

وما رواه ابن شبرمة كان الناس على عهدِ رسول اللهِ - صلى الله عليهِ وسلم - يسلِم الرجلُ قبلَ المرأَةِ، والمرأَةُ قبلَ الرجل، فأيهما أسلم قبلَ انقِضاءِ عِدةِ المرأَةِ، فهي امرأَتُه، وإن أسلم بعد العِدةِ، فلا نِكاح بينهما. ولأن أبا سفْيان خرج فأسلم عام الفَتْح قبلَ دخُول النبي - صلى الله عليهِ وسلم - مكةَ، ولم تُسلِم هِنْد امرأَتُه حتى فتَح النبي - صلى الله عليهِ وسلم - مكةَ، فثَبتَا

---

(١) أنظر الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج٣، ص ٢٣٧ - ٢٤٠.

علَى النكَاحِ. وأَسلَم حكِيم بن حِزامٍ قَبلَ امرأَتِهِ. وخَرج أَبو سفْيان بن الْحارِثِ وعبد اللهِ بن أَبِي أُمية فَلَقِيا النبِي - صلى الله علَيهِ وسلم - عام الْفَتْحِ بِالْأَبواءِ فَأَسلَما قَبلَ نِسائِهِما ولَم يعلَم أَن النبِي - صلى الله علَيهِ وسلم - فَرقَ بين أَحدٍ مِمن أَسلَم وبين امرأَتِهِ، ويبعد أَن يتفِقَ إسلَامهما دفْعةً واحِدةً[1].

الفرع الثاني: تغيير وصف الفرقة من طلاق إلى فسخ

استجد في هذا الباب أن الفرقة تقع فسخا سواء أكان إباء الإسلام من قبل الزوج أم من قبل الزوجة، في مخالفة للمذهب الحنفي الذي كان عليه العمل سابقا، حيث جاء في مادة التفريق لإباء الإسلام رقم ١٤٠ فقرة ب- إذا أسلم الزوج وحده وزوجته كتابية فالزواج باق، وإن كانت غير كتابية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت أو صارت كتابية بقي الزواج وإن أبت فسخ الزواج.

ج- إذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على الزوج فإن أسلم بقي الزواج وإن أبى فسخ الزواج.

أما مذهب الحنفية في المسألة أنه أذا أسلم الزوج فأسلمت زوجته فالزواج باق، وإلا فرق بينهما؛ لأن نكاحها حرام ابتداء وبقاء، ويكون التفريق فسخا؛ لأن التفريق من قبلها وهي ليست أهلا للطلاق، أما إذا أسلمت الزوجة فيعرض الإسلام على زوجها فإن أسلم فالزواج باق وإلا فرق بينهما بطلاق، لعدم جواز بقاء المسلمة تحت كافر، ولأن الزوج رفض بإبائه الإمساك بمعروف فكان التفريق من قبل القاضي،ولما كان التفريق بسبب الزوج فيقع طلاقا[2].

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص ١٥٣-١٥٤.

(٢) سبقت الإشارة إلى تفاصيل المذهب الحنفي في الفرع السابق.

ورأي القانون هو رأي أبي يوسف من الحنفية، وكذا رأي المالكية والشافعية والحنابلة، ويعلل كل من الفقهاء رأيه بما يتسق مع قواعد مذهبه، فأبو يوسف من الحنفية يعلل ما ذهب إليه أن هذه الفرقة يمكن أن تكون من جانب الزوج ويمكن أن تكون من جانب الزوجة والقاعدة عند الحنفية والحالة هذه أن يكون التفريق فسخا.

أما أبو حنيفة ومحمد فاستدلوا على رأيهما أن الأصل في التفريق هو الزوج، فهو مالك التفريق أصلا والْقَاضِي ينُوب منَابه فَكان الْأَصلُ فِي الْفُرقَةِ هو فُرقَةُ الطلَاق، فَيجعلُ طَلَاقًا ما َأمكن، وفِي إباءِ الْمرأَةِ لَا يمكِن؛ ِلأَنها لَا تَملِك الطلَاقَ، فَيجعلُ فَسخًا[1].

أما المالكية والشافعية والحنابلة فقد عدوا التفريق فسخا أيضا، معللين ما ذهبوا أنها فرقة بغير لفظ، وبغير اختيار الفرقة منهم فكانت فسخا[2]، وكذلك جعل القانون التفريق في الحالتين فسخا مخالفا في ذلك رأي الحنفية وقد سبق بيان الباحث في ذلك.

رأي الباحث

إن القانون قد أصاب عندما أخذ برأي الحنفية بعدم التفريق بين الزوجين إذا أبى أحدهما إلا بعرض الإسلام على الآخر دون تفريق أكان بينهما دخول أم لا، وفضلا على ما استدل به الحنفية لرأيهم فيمكن أن يستدل على ما سبق بأن النبي صلى ا عليه وسلم لم يعجل الفرقة بين زوجين وما نقل عن ابن شبرمة كان الناس علَى عهدِ رسول اللهِ - صلى الله علَيهِ وسلم - يسلِم الرجلُ قَبلَ الْمرأَةِ، والْمرأَةُ قَبلَ الرجل، فَأَيهما َأسلَم قَبلَ انْقِضاءِ عِدةِ الْمرأَةِ، فَهي امرأَتُه، وإِن َأسلَم بعد الْعِدةِ، فَلَا نِكَاح بينَهما ،و النصوص السابقة قد ذكرت أنه أيهما أسلم قبل انقضاء العدة بقي النكاح ويرى الباحث أن هذا النص لا يقيد حالات الامهال بوجود عدة بناء على الدخول من

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٢ص ٣٣٦-٣٣٧ وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٣، ص ٧١.

(٢) أنظر العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج٢، ص٧١، الهيتمي، تحفة المحتاج، ج٧، ص٢٧٩ ابن قدامة، المغني، ج٧ ص ١٥٢.

عدمه فالعقد وأركانه وشروطه ومحله للداخل من عدمه واحدة و التفريق من حيث العدة من عدمها مع عدم عرض الإسلام على الطرف الآخر واستيفاء الفترة الكافية لا يحقق مقصود الشارع من دخول الكافر في الإسلام من خلال إسلام زوجته أو العكس، وقد نص الفقهاء على أن من مقاصد الإسلام في حل زواج الكتابية عرض الإسلام عليها أملا في إسلامها، أما الاستدلال بأن التفريق قبل الدخول يتنجز فورا لأنه لا يحل لكافر نكاح مسلمة فهذا متحقق في حالة بعد الدخول، إذ لا يحل في جميع الأحوال نكاح كافر لمسلمة.

ولكن كم تكون فترة الإمهال بما أن الزوجة غير المدخول ولا المختلى به حسب رأي الحنفية والقانون لا عدة عليها وبما أن التفريق يكون من يوم إسلام أحد طرفي العقد دون الآخر عند إبائه، فيرى الباحث أن المسألة اجتهادية وإعطاء فترة التسعين يوما فترة كافيه قياسا على المدخول بها.

أما بالنسبة لأخذ القانون برأي الشافعية والحنابلة بفترة الإمهال وإنزال نفس الحكم على الزوجين قبل الدخول فقد قال ابن القيم في هذه الشأن (وتَضمن أَن أَحد الزوجين إِذَا أَسلَم قَبلَ الْآخَر لَم ينْفَسِخ النكاح بِإِسلَامِهِ، فَرقَتِ الْهجرةُ بينَهما أَو لَم تُفَرقْ فَإِنه لَا يعرفُ أَن رسولَ اللهِ صلى الله علَيهِ وسلم جدد نِكَاح زوجين سبقَ أَحدهما الْآخَر بِإِسلَامِهِ قَط، ولَم يزل الصحابةُ يسلِم الرجلُ قَبلَ امرأَتِهِ وامرأَتُه قَبلَه ولَم يعرفْ عن أَحدٍ مِنْهم أَلْبتةَ أَنه تَلَفظَ بِإِسلَامِهِ هو وامرأَتُه وتَساوقَا فِيهِ حرفًا بِحرفٍ، هذَا مِما يعلَم أَنه لَم يقَع أَلْبتةَ)[١].

أما بالنسبة للفسـخ بدل الطلاق فقد بين الباحث وجهـة نظـره فـي تمهيد الرسالة وا أعلم.

---

(١) ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص١٢٥- ١٢٦.

المبحث الثاني

مستجدات الردة

المطلب الأول: تعريف الردة

الردة لغة من الرجوع والعطف والعيب والرجوع والقبح مع شيء من الجمال والتقاعس[١].

واصطلاحا هي عند المالكية كُفْر الْمسلِمِ بِصريحٍ أَو لَفْظٍ يقْتَضِيهِ أَو فِعلٍ يتَضمنُه[٢]، وعند الشافعية قَطْع الْإِسلَامِ بِنيةٍ أَو قَول كُفْرٍ أَو فِعلٍ[٣]، وعرفها الحنفية والحنابلة بتعاريف متقاربة يجمعها الرجوع عن الإيمان إلى الكفر[٤].

المطلب الثاني: بيان ما استجد في القانون

كان العمل في باب الردة وفق الراجح من المذهب الحنفي كما وضح الباحث سابقا، وعليه يعرض الباحث مواد القانون الجديد ثم مذهب الحنفية فيما تعرض له القانون لبيان مستجدات هذه المادة.

المادة (١٤٢) وهي المادة المستجدة في باب الردة.

إذا ثبتت ردة أحد الزوجين ينظر:

أ- فإن كانت الردة قبل الدخول حكم القاضي بفسخ عقد الزواج بينهما اعتبارا من تاريخ الردة.

---

(١) مجموعة مؤلفين، المعجم الوسيط ، ج١ ص ٣٣٨

(٢) عليش، منح الجليل، ج٩، ص ٢٠٦ والرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد ا ، الرصاع التونسي المالكي (المتوفى: ٨٩٤هـ) الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرصاع) ج١، ص ٤٩١، المكتبة العلمية الطبعة: الأولى، ١٣٥٠هـ.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥ص٤٢٧

(٤) أنظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص ١٣٤ وابن قدامة، المغني، ج٩، ص ٣.

ب- وإن كانت الردة بعد الدخول وأصر المرتد عليها ورفض العودة عن ردته حكم القاضي بفسخ عقد الزواج بينهما[1].

ومذهب الحنفية في المسألة أنه إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة بينهما في الحال بغير طلاقٍ أي بفسخ ولا فرق بين دخول من عدمه، وسبب ذلك أن النكاح يعتمد الملة - وقد سبق بيانه في مقدمة الفصل - والمرتد لا ملة له وهو مشروع لمعنى البقاء فبه بقاء النسل وبه بقاء النفوس بالقيام بمصالحها، والمرتد مستحق للقتل ولا عصمة له فما كان سببا للبقاء لا يكون مشروعا بحقه، وإذا ارتَدا معا ثُم أَسلَما معا فَهما علَى نِكاحِهما استحسانا لأن القياس أَن تَقَع الْفُرقَةُ لِأَن فِي ردتِهما ردةَ أَحدِهما، وزيادةً، ولِلاستِحسان إجماع الصحابةِ رضِي الله عنْهم ، فَإِن الْعرب لَما ارتَدتْ فِي زمن أَبِي بكْرٍ الصديق - رضِي الله عنْه - ثُم أَسلَموا لَم يفَرقْ بينَهم، وبين نِسائِهِم، وكان ذَلِك بِمحضرٍ مِن الصحابةِ - رضِي الله عنْهم، ويجيب الحنفية على اعتراض على هذا الاستحسان وهو كيف علمتم أنهم ارتدوا أو أسلموا معا بأنه لَما لَم يفَرقْ بينَهم وبين نِسائِهِم فِيما لَم يعلَم الْقِران بلْ احتَملَ التقَدم والتأَخر فِي الردةِ والْإِسلَامِ، فَفِيما علِم أَولَى أَن لَا يفَرقَ، و الْأَصلُ فِي كُل أَمرين حادِثَين إذَا لَم يعلَم تَارِيخُ ما بينَهما أَن يحكَم بِوقُوعِهِما معا كالْغَرقَى، والْحرقَى والْهدمى ويستدلون على هذا الاستحسان أَن وقُوع الْفُرقَةِ عِنْد ردةِ أَحدِهِما؛ لِظُهورِ خُبثِهِ عِنْد الْمقَابلَة بطيب الآخر وعند ردة كليهما فلا طيب لأحدهما[2].

وبمقارنة أحكام المذهب الحنفي مع القانون نجد توافقا من حيث إن الفرقة بالردة تقع فسخا، ومن حيث إن الزوجين إذا ارتدا معا وأسلما معا فالنكاح باق، وخالف القانون المذهب بتفريقه بين

---

(١) القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠

(٢) الغنيمي اللباب شرح الكتاب، ج٣، ص٢٨ وابن الهمام، فتح القدير على الهداية للمرغيناني، ج ٣، ص٤٣٠ والكاساني، بدائع الصنائع في معرفة الشرائع، ج٢، ص ٣٣٧- ٣٣٨ والسرخي، المبسوط، ج٥، ص٤٩ - ٥٠.

الدخول من عدمه حيث وافق المذهب من حيث الحكم على الزوجية قبل الدخول وخالفه من حيث الحكم على الزوجين الذين بينهما دخول بأن القاضي لا يحكم بفسخ النكاح إلا بعد إصرار المرتد على ردته ورفضه عودته إلى الإسلام.

المطلب الثالث: مستند القانون في مستجد عدم التفريق لردة أحد الزوجين إذا كان بينهما دخول بمجرد الردة

باستعراض المذاهب في هذه المسألة نجد القانون موافقا لمذهب الشافعية والحنابلة في رواية من أن الردة قبل الدخول فسخ للعقد من تاريخ الردة، وبعد الدخول يمهل المرتد فإن حتى تنقضي عدة الزوجة فإن انقضت دون أن يرجع المرتد فرق القاضي بينهما فسخا[١].

فمذهب الشافعية والحنابلة في رواية في أنه إذا ارتد الزوج وله زوجة مسلمة أو ارتدت الزوجة وزوجها مسلم بعد الدخول فلا تَقَع الْفُرقَةُ بينَهما حتى تَمضِي عِدةُ الزوجةِ، فإن مضت العدة قبل أن يتوب و يرجع من ارتد منهما تقع الفرقة بينهما فسخا، أما إن كانت الردة قبل الدخول سواء ارتد أحدهما أم ارتدا معا فينفسخ عقد النكاح[٢].

وفي رواية عن الإمام أحمد رحمه ا تعالى أن الردة قبل الدخول وبعده تفسخ النكاح في الحال قياسا على الفرقة بسبب الرضاع[٣].

---

(١) إذ إن مذهب المالكية أن الزوج إذا ارتد فيفسخ النكاح بطلقة بائنة بين الزوجين بحكم القاضي انظر الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٢ ص ٢٧٠

(٢) أنظر الإمام الشافعي، الأم، ج٦ص ١٧٢- ١٧٣، والشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ص ٣١٧، والبهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٦٩١، عالم الكتب ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

(٣) ابن قدامة، المغني ،ج ٧ص١٧٤

ودليلهم فيما ذهبوا إليه من التريث لانتهاء العدة اذا كانت الردة بعد الدخول، أن الردةَ اخْتِلَافُ دِينٍ بعد الْإِصابةِ فَلَا يوجِب فَسخَه فِي الْحال كَإِسلَامِ كَافِرةٍ تَحتَ كَافِرٍ وإسلام حربية تحت حربي، وقياس الردة على اللفظ الذي تقع به الفرقة ،فإن كانت قبل الدخول فلا عدة، وإن كان بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة [١].

وعلى هذا وبما أن القانون بهذه الجزئية مستمد من المذهب الشافعي والحنبلي، فيكون الإمهال للمرتد مدة عدة زوجته، حيث نص القانون على إصرار المرتد ورفضه العودة عن ردته، أي لا يكون الفسخ حالا كما إن ارتد أحد الزوجين قبل الدخول، وعليه إذا بقي المرتد بعد الدخول على ردته مدة عدة الزوجة وانقضت عدتها دون توبته يكون الفسخ ،وأما عبارة يمهل من أبى تسعين يوما الضابطة لفترة الإمهال في التفريق للإباء فلا علاقة لها في هذه المادة حيث إن المادة هنا متعلقة بالردة والمادة السابقة متعلقة بالتفريق لإباء الإسلام.

رأي الباحث

نجد مما سبق أن القانون وافق المذهب الحنفي في التفريق للردة في مسألتين الأولى أن التفرق يقع فسخا والثانية أن من ارتد قبل الدخول يكون الفسخ بمجرد ردته.

وخالف القانون المذهب الحنفي في مسألة أن فسخ عقد نكاح المرتد لا يكون بعد الدخول إلا بعد مضي مدة العدة، وإذا استعرضنا أدلة الشافعية والحنابلة في هذه المسألة وجدناهم يقيسون الردة على الطلاق أو على إسلام أحد الزوجين وإباء الآخر، فإذا صح القياس كانت الأدلة المذكورة لإمهال من أبى الإسلام أدلة للإمهال في حالة الردة.

---

(١) البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات ج٢ ص ٦٩١م وابن قدامة، المغني،ج٧، ص١٧٤، والمطيعي، محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج١٦، ص٣١٦ دار الفكر.

ويرى الباحث أن هذا القياس غير صحيح، إذ العلة ليست واحدة في الحالتين ففيها وصف مؤثر مختلف، فالوصف المشترك أن كلا الزوجين على غير الإسلام، ولكن في حال إباء الإسلام لم يكن الزوج مسلما أصلا بل أنشئ العقد وهو على الكفر فلم تطرأ عليه صفة الإسلام، فلا يقاس على من أسلم وعرف الإسلام ثم ارتد، إذ المرتد يعاقب وليس كذلك من أبى وعليه أرى أن رأي الحنفية هو الأرجح في هذه المسألة

ويظهر ذلك في الأحاديث المذكورة سابقا من ترغيب لمن أبى الإسلام به من خلال إعطائه الفترة الكافية، وعليه أرى أن الأرجح هو رأي الحنفية السابق وكان الأجدى البقاء عليه وا أعلم.

الفصل السابع

التفريق للعان

تمهيد

المطلب الأول: اللعان لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: بيان أوجه الفرق بين القانونين

المطلب الثالث: مستند القانون فيما استجد من مسائل

الفرع الأول: جواز اللعان بين الزوجين وإن أقرت الزوجة بالزنا ودون توقف على لعان الزوجة

الفرع الثاني: إجازة اللعان لنفي النسب سواء كان من زواج صحيح قائم أو منحل أو دخول بزواج فاسد أو وطء بشبهة

الفرع الثالث: مستند القانون في نفي الحمل

الفرع الرابع: مستند القانون في اعتماد البينة العلمية سببا لرد دعوى اللعان

الفرع الخامس: فرقة اللعان تقع فسخا بدلا من طلاق

الفصل السابع

التفريق للعان

تمهيد

من جليل المقاصد والمصالح الشرعية التي جاءت أحكام الشريعة لرعايتها وحفظها الحفاظ على النسل والنسب، واعتبار هذه المصلحة واعتمادها ولحفظها جاء جليا واضحا في عدة آيات من الذكر الحكيم كقوله تعالى (ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند ا) (الأحزاب: ٥) وقوله تعالى (وهو الذِي خَلَقَ مِن الْماءِ بشَرا فَجعلَه نَسبا وصِهرا وكَان ربك قَدِيرا) (الفرقان: ٥٤).

فاوجب الشارع لحفظ النسل من جانب الوجود الزواج الصحيح لينسب الولد إلى أهله، ولحفظ النسب من جانب العدم حرم الزنا إذ فيه اختلاط الأنساب وحرم تحديد النسل إذ فيه هدر لهذا المقصد.

ولما كان للنسب أهميته البالغة تشوف الشارع الكريم لحفظه وإلحاقه بصاحبه من والد ووالدة، وحدد الشارع الكريم منهجا واضحا في سبيل نفي النسب إذا وجد ما يقتضيه من زنا أو خطأ بالنسب أو اختلاط في المواليد.

ومن الأسباب التي تدعو صاحبها لنفي النسب أن تحمل الزوجة من غيـره، وقد شرع ا لنفي هذا النسب اللعان، قال تعالى (والذِين يرمون أَزواجهم ولَم يكُن لَهم شُهداء إِلا أَنْفُسهم فَشَهادةُ أَحدِهِم أَربع شَهاداتٍ بِاللهِ إِنه لَمِن الصادِقِين * والْخَامِسةُ أَن لَعنَتَ اللهِ علَيهِ إِن كان مِن الْكَاذِبِين * ويدرأُ عنْها الْعذَاب أَن تَشْهد أَربع شَهاداتٍ بِاللهِ إِنه لَمِن الْكَاذِبِين * والْخَامِسةَ أَن غَضب اللهِ علَيها إِن كان مِن الصادِقِين * ولَولَا فَضلُ اللهِ علَيكُم ورحمتُه وأَن الله تَواب حكِيم) (سورة النور: ٦-١٠).

المطلب الأول: اللعان لغة واصطلاحا

اللعان لغة:

اللعان لغة: اللعان من اللعن وهو الطرد والإبعاد يقال لَعنه ا لعنا طرده وأبعده من الْخَير ويقَال لعن نَفسه وفُلَانًا سبه وأخزاه وتلاعنا لعن كل واحِد الآخر[١].

اللعان اصطلاحا:

واللعان عند الحنفية شَهادات مؤَكدات بِالأَيمان مقْرونَة بِاللعن قَائِمة مقَام حد الْقَذْفِ فِي حقهِ ومقَام حد الزنَا فِي حقها[٢] وفي تعريف قريب عند الحنابلة شَهادات مؤَكدات بِأَيمانٍ مِن الْجانِبين مقْرونَةً بِاللعن والْغَضبِ قَائِمةً مقَام حد قَذْفٍ أَو حد زنًا فِي جانِبِها[٣].

واللعان عند المالكية (حلفُ زوجٍ مسلِمٍ مكلفٍ علَى زِنَا زوجتِهِ أَو نَفْيِ حملِها مِنْه، وحلفُها علَى تَكْذِيبِهِ أَربعا بصِيغَةِ: أَشْهد بِاللهِ بِحكْمِ حاكِمٍ)[٤].

وعند الشافعية كَلِمات معلُومة جعِلَتْ حجةً لِلْمضطَر إلَى قَذْفِ من لَطَخَ فِراشَه وَأَلْحقَ الْعار بِهِ أَو إلَى نَفْيِ ولَدٍ[٥].

المطلب الثاني: بيان ما استجد في هذا القانون

من آثار اللعان التفريق بين الزوجين المتلاعنين[٦] ونفي النسب عن المدعى عليه، ولما كان موضوع هذه الرسالة مستجدات التفريق القضائي، وكان من أثار اللعان التفريق، ولم يكن اللعان منصوصا عليه في القانون السابق وكان العمل في المحاكم الشرعية في باب اللعان قبل

---

(١) الرازي، مختار الصحاح، ج ١ص ٢٨٣ مجموعة مؤلفين، المعجم الوسيط، ج ٢، ص ٨٢٩.
(٢) أنظر ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، ج٤، ص٢٧٨.
(٣) أنظر البهوتي، كشاف القناع، ج ٥، ص ٣٩٠.
(٤) انظر الصاوي، الشرح الصير ج ٢، ص ٦٥٧-٦٥٨.
(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥، ص ٥٢.
(٦) على خلاف أهو تحريم مؤبد وفسخ أم طلقة بائنة وسيأتي تفصيل ذلك في مطلب نقبل

إقرار قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ على الراجح من المذهب الحنفي، حيث لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية الأردني السابق للعان ، وعليه وعملا بالمادة ١٨٣ من قانون الأحوال الشخصية الصادر ١٩٧٦ يكون العمل بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة،فكان هذا الباب من مستجدات التفريق من حيث طلب إجراء اللعان عند القاضي ومن حيث الأثر[(١)].

وقد عالج القانون الجديد موضوع اللعان بالمواد التالية:

الـمادة (١٦٣):

أ- لا ينتفي النسب الثابت بالفراش بتصادق الزوجين على نفيه إلا بعد تمام لعان الزوج من غير توقف على لعان الزوجة.

ب- في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل أو بالدخول في زواج فاسد أو بوطء بشبهة يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد أو الحمل باللعان وللرجل أن يلاعن بمفرده لنفي النسب حال إقرار المرأة بالزنا.

ج- يمتنع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في أي من الحالات التالية :-

١- بعد مرور شهر على وقت الولادة أو العلم بها.

٢- إذا اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً .

٣- إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل أو الولد له .

الـمادة (١٦٤):

يجري اللعان بأن يقسم الرجل أربع أيمان با   إنه صادق فيما رمى زوجته به من الزنا أو نفي الولد والخامسة أن لعنة ا   عليه إن كان من الكاذبين وتقسم المرأة أربع أيمان با   إنـه لمن الكـاذبين والخامسة أن غضب ا   عليها إن كان من الصادقين.

---

(١) انظر القانون رقم ٣٦ لعام ٢٠١٠ والقانون رقم ٦١ لعام ١٩٧٦

المـادة (١٦٥):

أ- يترتب على اللعان بين الزوجين فسخ عقد زواجهما.

ب- إذا كان اللعان لنفي النسب وحكم القاضي به انتفى نسب الولد عن الرجل ولا تجب نفقته عليه ولا يرث أحدهما الآخر ويلحق نسبه بأمه.

ج- إذا أكذب الرجل نفسه ولو بعد الحكم بنفي النسب يثبت نسب الولد له.

- وباستعراض شروط اللعان المتعلقة بموضوع هذا المبحث وهو نفي النسب نجد الحنفية وضعوا الشروط التالية للعان:

أن يكون اللعان في مجلس القضاء، وأن يكون المتلاعنان حرين بالغين عاقلين مسلمين ناطقين وأن تكون الزوجية الصحيحة قائمة بين المتلاعنين حين القذف أو نفي النسب وحين اللعان، فلا لعان في زواج فاسد ولا لمن بانت زوجته بعد قذفها، وسبب اشتراط الزوجية أن الآية الكريمة خَصت اللعان بِالْأزواجِ بِقَولِهِ تَعالَى {والَذِين يرمون َأزواجهم ولَم يكُن لَهم شُهداء ِإلا َأنْفُسهم فَشَهادةُ َأحدِهِم} [النور: ٦] وهذا الحكم تعبدي غَير معقُول الْمعنَى فَيقْتَصر علَى مورِدِ التعبدِ وإِنما ورد التعبد بِهِ فِي الْأزواجِ فَيقْتَصِر علَيهم وعلَى هذَا لا لعان بين من كان نكاحهم غير صحيح.

ويشترط أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة فمن لا شهادة له لا يصح لعانه ذلك أن ا تعالى قال في محكم تنزيله {والَذِين يرمون َأزواجهم ولَم يكُن لَهم شُهداء ِإلا َأنْفُسهم فَشَهادةُ َأحدِهِم َأربع شَهاداتٍ بِاللهِ} [النور: ٦]، وجه الدلالة أن الآية الكريمة سمت الذين يرمون أزواجهم شهداء حيث جاء فيها (ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) والمستثنى يكون من جنس المستثنى منه ، وسمت اللعان شهادة (فَشَهادةُ َأحدِهِم َأربع شَهاداتٍ بِاللهِ) فاللعان شَهادةٌ مؤَكدةٌ بِالْأيمان مقْرونَةٌ بِاللعن وبِالْغَضبِ وإِنه فِي جانِبِ الزوجِ قَائِم مقَام حد الْقَذْفِ وفِي جانِبِها قَائِم مقَام حد الزنَا، فركن

اللعان الشهادة ومن لا شهادة له لا يصح لعانه؛ وعلى هذا فالزانية لا شهادة لها والمحدود في قذف شهادته مردودة على التأبيد عند الحنفية، وعليه فلا يصح اللعان بين من لم يكن من أهل الشهادة، فلا بد أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها محصنة غير كافرة ولا أمة ولا يلاعن المحدود في قذف أو من أقرت على نفسها بالزنا.

ويسبب الحنفية أيضا للشرط السابق، أنه لا وجه للعان من أقرت بالزنا إذ فيه حلف مغاير لما أقرت به، ومن المحال أن يؤمر بذلك، وإذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب لأنه حكمه، ويكون ابنهما لا يصدقان على نفيه؛ لأن النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع إلا باللعان ولم يوجد اللعان ولا يعتبر تصادقهما على النفي لأن النسب حق للصغير وفي التصادق إبطال لحقه.

ويشترط الحنفية طلب المرأة موجب القذف لأنه حقها فإن لاعن وجب عليها اللعان فإن لاعن الزوج وامتنعت الزوجة حبسها القاضي حتى تلاعن أو تصدقه، فإن تم اللعان فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد وتحريم مؤبد عند أبي يوسف وزفر.

ولا نفي للحمل عند أبي حنيفة رحمه ا لأنه لا يتيقن بوجوده وعليه فلا يكون الزوج قاذفا؛ لأن النافي للحمل كمن يقول إن كنت حاملا فليس مني وهذا تعليق، واللعان لا يقبل التعليق. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما ا يكون النفي للحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين القذف إذ في هذه الحالة تيقن الحمل فيصح النفي وهو بالنتيجة نفي بعد الولادة والحمل متيقن فتحقق القذف.

ولا يصح نفي النسب بعد الإقرار به، أما الوقت الذي يصح فيه نفي النسب فهو عقيب الولادة أو بعد العلم والفترة التي يجب أن يكون فيها النفي فِي الْحالَةِ الَتِي تَقْبلُ التهنئَةَ وتُبتَاع آلَةُ الْوِلَادةِ.

أما المدة فنقل الكاساني أن أبا حنيفة لم يؤقت ذلك بوقت معين وروي عنه أنه وقته بسبعة أيام ووقته أبو يوسفَ ومحمد بِأَكْثَرِ النفَاسِ وهو أربعون يوما ،ووجه ضرورة المسارعة في النفي أن تركه لمدة إقرار ضمني وهو كالإقرار صراحة وعلل أبو يوسف ومحمد ما ذهبا إليه أن النفاس من أثر الولادة فيصح النفي ما دام أثر الولادة ما دام أَثَرِ الْوِلَادَةِ وِلِأَبِي حنِيفَةَ أَن هذَا أَمر يحتَاج إلَى التأمل فلَا بد لَه مِن زمان التَأمل وإِنه يخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَشْخَاصِ والْأحوال فَتَعذر التوقِيتُ فِيهِ فَيحكُم فِيهِ الْعادةُ مِن قَبول التهنِئَةِ وابتِياعِ آلَاتِ الْوِلَادةِ أَو مضِي مدةٍ يفْعلُ ذَلِك فِيها عادةً فَلَا يصِح نَفْيه بعد ذَلِك[1].

وقد خالف القانون مذهب الحنفية في المسائل التالية :

أولا: مستجد جواز اللعان وإن أقرت الزوجة على نفسها بالزنا، وعدم توقف اللعان على لعان الزوجة.

ثانيا: إجازة اللعان لنفي نسب سواء كان من زواج صحيح قائم، أو منحل، أو دخول بزواج فاسد، أو وطء بشبهة.

ثالثا: جواز نفي الحمل

رابعا: من مستجدات القانون أن البينة العلمية سبب لرد اللعان إذا عارضت طلب المدعي وهي من المسائل المستجدة في الفقه الإسلامي عموما[2].

---

(١) أنظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص٢٣٧-٢٤٩، وابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، ج٤، ص٢٧٦-٢٩٧، وابن عابدين، رد المحتار، ج ٣، ص ٤٨٢-٤٩٣.

(٢) أما التأقيت بشهر فلا يجد الباحث أنها مسألة مستجدة من حيث الأصل حيث ذكر الكاساني آراء متعددة في المسالة وأنها من المسائل المختلفة باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال.

المطلب الثالث: مستند القانون فيما استجد من مسائل

الفرع الأول: مستند جواز اللعان بين الزوجين وإن أقرت الزوجة على نفسها بالزنا ودون توقف على لعان الزوجة

نص القانون الجديد أنه لا ينتفي النسب الثابت بالفراش بتصادق الزوجين على نفيه إلا بعد تمام لعان الزوج من غير توقف على لعان الزوجة.

وفي الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل أو بالدخول في زواج فاسد أو بوطء بشبهة يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد أو الحمل باللعان وللرجل أن يلاعن بمفرده لنفي النسب حال إقرار المرأة بالزنا .

وباستعراض المذاهب الفقهية نجد أن القانون استمد رأيه جواز التفريق بين المتداعيين وإن أقرت المدعى عليها بالزنا من مذهب المالكية والشافعية والحنابلة فالرأي في المذاهب السابقة أن الله عز وجل قد ذكر الأزواج مطلقا بقوله تعالى (والَّذِين يرمون أَزواجهم ولَم يكُن لَهم شُهداء إِلا أَنْفُسهم فَشَهادةُ أَحدِهِم أَربع شَهاداتٍ بِاللهِ إِنه لَمِن الصادِقِين) النور (٦) فلم يخص واحد منهم دون غيره في آية اللعان، وعليه فلا يشترط ما اشترطه الحنفية من أن يكون أهلا للشهادة، والسبب الآخر عندهم متعلق بتكييف اللعان أنه أيمان وليس بشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم بعد الملاعنة (لولا الأيمان لكان لي ولها أمر)[١]، أما الاستدلال أن الله تعالى سماها شهادة فيرد عليه أن الله تعالى وصف يمين المنافقين لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه رسول الله بالشهادة في قوله تعالى "إِذا جاءك الْمنافِقُون قالُوا نَشْهد إِنك لَرسولُ اللهِ" [المنافقون: ١]. ثم قال تعالى:

---

(١) أخرجه أبو داوود الطيالسي في المسند عن ابن عباس رضي الله عنه أنظر الطيالسي، سليمان بن داود أبو داود الفارسي البصري الطيالسي ((المتوفى: ٢٠٤هـ))، مسند أبي داود الطيالسي، ج٤ ص ٣٨٨ حديث رقم ٢٧٨٩ المحقق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار هجر – مصر الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

"اتخَذُوا أَيمانَهم جنةً" [المنافقون: ١] حيث إن لفظ أشهد با يمين وليس شهادة، وفي قوله تعالى: "يا أَيها الذِين آمنُوا شَهادةُ بينِكُم إِذَا حضر أَحدكُم الْموتُ حِين الْوصِيةِ اثْنَان ذَوا عدلٍ مِنْكُم أَو آخَران مِن غَيرِكُم إِن أَنْتُم ضربتُم فِي الْأَرضِ فَأَصابتْكُم مصِيبةُ الْموتِ تَحبِسونَهما مِن بعدِ الصلَاةِ فَيقْسِمان بِاللهِ إِن ارتَبتُم لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمنًا ولَو كَان ذَا قُربى ولَا نَكْتُم شَهادةَ اللهِ إِنا إِذًا لَمِن الْآثِمِين * فَإِن عثِر علَى أَنهما استَحقا إِثْما فَآخَران يقُومان مقَامهما مِن الذِين استَحق علَيهِم الْأَولَيان فَيقْسِمان بِاللهِ لَشَهادتُنَا أَحق مِن شَهادتِهِما وما اعتَدينَا إِنا إِذًا لَمِن الظالِمِين) (المائدة: ١٠٦ -١٠٧) أَي أَيمانُنَا. ومن الأسباب التي ذكرتها المذاهب المتقدمة أَن الزوج يحتَاج إلَى نَفْيِ الْولَدِ، فَيشْرع لَه طَرِيقًا إلَى نَفْيِهِ، كَما لَو كَانَتْ امرأَتُه مِمن يحد بِقَذْفِها.

واستدل الجمهور أيضا بجملة من الأدلة تعزز مذهبهم في تكييف اللعان أنه يمين وليس شهادة منها أن الشاهد لا يجوز أن يشهد لنفسه ويجوز يمينه لنفسه، ثم إن شهادته على فرض أن اللعان شهادة تتساوى فيها المرة بالأربعة بأي عدد فهو يشهد لنفسه أما اليمين فتعدده ليس كإفراده مثاله من اعتبار الشرع لتعدد الأيمان القسامة، واستدلوا أيضا بأنه لو كانت شهادة فلا يجوز لعان النساء بناء على القاعدة العامة أن شهادة النساء في الحدود غير مقبولة ولو كانت شهادة لوجب أن تشهد الزوجة عشرة أيمان حيث إن شهادتها بنصف شهادة الرجل؛ وعليه فاللعان أيمان وليس شهادة(١).

وتأسيسا على ما سبق أجاز القانون للزوج أن يلاعن لوحده دون لعان الزوجة وينتفي بذلك النسب مستمدا هذا الرأي من المذهب المالكي والشافعي الذي نص على أن من اثار لعان

---

(١) الإمام الشافعي، الأم، ج٥، ص ١٤٢-١٤٥ وص ٣٠٣-٣١٥ والدردير، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي، ج٢، ص٤٦٦ والقرطبي، الجامع لأحكام القران، ج١٢، ص١٨٦. ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٤٩.

الزوج انتفاء النسب وإن لم تلاعن الزوجة مستدلين بقوله تعالى (ويدرأ عنها العذاب) ووجه الدلالة أن الآية جعلت آثار اللعان مترتبة على لعان الزوج ودرء العذاب مترتبا على لعانها[١].

ورد الحنفية على ما سبق أن مذهبهم قد اعمل لفظ الشهادة في معنى الشهادة أن اشترط شروطها، ومعنى اليمين بأن لم يخالف شروطه، والأولى أنه شهادة لأن ا سماه شهادة ولما اشترط فيه من لفظ الشهادة وحضرة الْحاكِمِ.

ورد الحنفية على قول الجمهور أنه لو كان شهادة لوجب مضاعفة شهادات المرأة إلى عشر، أنه شهادة مؤكدة باليمين فَيراعى فِيهِ معنَى الشهادةِ ومعنَى الْيمِين وقَد روعي معنَى الشهادةِ فِيهِ بِاشْتِراطِ لَفْظَةِ الشهادةِ فَيراعى معنَى الْيمِين بِالتسويةِ بين الرجل والْمرأَةِ فِي الْعددِ عملًا بِالشبهين جمِيعا، أما الحديث فلا حجة فيه إذ جاءت بعض ألفاظه (لولا ما مضى من الشهادات)[٢].

الفرع الثاني: مستند إجازة اللعان لنفي النسب سواء كان من زواج صحيح قائم أو منحل أو دخول بزواج فاسد أو وطء بشبهة

وهذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة مستدلين لرأيهم بأن المراد بالزوج المذكور في آية اللعان هو من له علقة النكاح لأنه هو المحتاج إلى اللعان لنفي النسب، ولا طريق له لنفي

---

(١) أنظر المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج ٥، ص ٤٧٦ الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج ٨، ص ٣٥٦ والشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص ٧١ إذ رأي الحنفية كما سبق بيانه وكذلك رأي الحنابلة أنه لا بد من لعان الزوجة حتى يتم نفي النسب أنظر الكاساني البدائع، ج ٣، ص ٢٣٨. وابن قدامة، المغني، ج ٨، ص٩٤.

(٢) أنظر الكاساني، البدائع، ج٣، ص ٢٤٢، ولم يعثر الباحث على هذه اللفظة للحديث.

النسب إلا باللعان وكما أن النسب يثبت في هذه الأنكحة فكذلك لابد أن يجاز اللعان لنفي النسب[١].

رأي الباحث

يرى الباحث أن القانون وبأخذه للآراء السابقة المجيزة للعان وإن أقرت الزوجة على نفسها بالزنا والقائلة بنفي النسب بلعان الزوج دون توقف على لعان الزوجة وجواز اللعان لنفي نسب من زواج صحيح قائم أو منحل أو دخول بزواج فاسد أو وطء بشبهة قد حقق مقصد الشارع الكريم من تشريع اللعان لنفي النسب؛ إذ الضوابط التي وضعها السادة الحنفية تحد من إجراء اللعان في كثير من الأحيان إلى درجة الإلغاء و قد حقق القانون العدالة في هذا المستجد في حالات متعددة كان القضاء يقف أمامها حائرا أمام نسب ألصق بصاحبه مع تيقن يؤكده الواقع عند الزوج أن الولد ليس له، فيمنع طالب نفي النسب من اللعان إن أقرت زوجته بالزنا وبالتالي لا يتم نفي النسب.

وكذلك عند امتناع الزوجة عن اللعان بعد لعان الزوج فلا يترتب أثر على لعانه إلا بلعانها، ويمنع الزوج من اللعان إذا كان الزواج فاسدا أو طلق زوجته بعد زناها وانتهت عدتها ودعوى اللعان منظورة.

كما رفع القانون مثلبة حلفان الزوجة على خلاف إقرارها بإجازته لعان الزوج وحده حال إقرار الزوجة على نفسها بالزنا.

كما يرى الباحث أن القانون أخذ بالمذاهب والآراء المستندة إلى الأدلة الأقوى والاستدلالات الأرجح في تكييف اللعان بأنها أيمان مخالفا تكييف السادة الحنفية. ووجه رجحان

---

(١) انظر الدردير، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٤٦٦. الشربيني، مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، ج٥ ص ٧٤،٦٩ وانظر ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٥٥.

مذهب الجمهور أن النبي صلى ا عليه وسلم سمى اللعان أيمانا وأن اللعان متسق مع قواعد الأيمان مع عدم اتساقه مع قواعد الشهادة من التعدد وشهادة الإنسان لنفسه وما سبق ذكره، ولا يرد أن ا تعالى سمى اللعان شهادة فلا بد من شروط الشهادة إذ ذكر فيما سبق مواطن سمى ا تعالى الأيمان شهادة وا أعلم.

وعودا على بدء فإن اعتبار اللعان شهادة وبالتالي عدم صحة اللعان في حال الإقرار بالزنا، وعدم ترتيب أثر على اللعان حتى تلاعن الزوجة فهذه شروط تعود غالبا على الأصل بالإلغاء وتمنع تحقيق هذا الباب لمقصود وأي فرع عاد على أصله بالنقض ألغي.

الفرع الثالث: مستند القانون في مستجد اللعان لنفي الحمل

من مستجدات القانون الذي خالف فيها المذهب الحنفي مسألة اللعان لنفي الحمل حيث أجاز القانون للزوج الملاعنة لنفي الحمل مستمدا هذا الرأي من مذهب المالكية والشافعية و رأي عند الحنابلة، واستدلت المذاهب السابقة بحديث رسول ا صلى ا عليه وسلم حين لاعن بين هلال بن أمية وزوجته ونفى صلى ا عليه وسلم نسب الحمل عن هلال(١)، ومستدلين بأن سكوت الزوج عن الحمل يعتبر استلاحقا للزوج لمن ليس منه وهذا حرام كحرمة نفي من هو منه وقد ورد تغليظ العقوبة لمن نسب من ليس منه إليه؛ لما ينتج عنه من مفسدة(٢) وأن المراد

---

(١) أخرجه البخاري، باب التفسير، سورة النور أنظر الإمام البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد ا البخاري(ت ٢٥٦)، الجامع المسند الصحيح = صحيح البخاري، حديث رقم٤٤٧٠ ج٤، ص١٧٧٢، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر دار طوق النجاة الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ه وقد أور الحافظ ابن عبد البر عددا من الأحاديث الدالة على أن اللعان شمل نفي الحمل أنظر ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد ا بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج ١٥، ص ٣٦، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري ،وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية – المغرب ١٣٨٧ هـ.

(٢) أنظر الدردير، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي، ج٢، ص٤٦٦، الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٧، ص ١١٢، دار الفكر، بيروت - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م وابن قدامة، المغني، ج٨، ص ٧٥.

بالزوج في الآية الكريمة من له علقة النكاح ،حيث لا سبيل لمن أراد أن ينفي عن نفسه النسب إلا باللعان[١].

وأجاب الحنفية والحنابلة في الرأي الآخر على هذا الاستدلال أن الأحكام لا تترتب إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله، وأجابوا على الحديث أن هلال بن أمية رمى زوجته بالزنا ومن قذف زوجته بالزنا يتم لعانه حيث لا تعليق كما بالحمل، والحديث محمول على معرفة النبي صلى ا عليه وسلم للحمل عن طريق الوحي حيث قال إن جاءت به على صفة كذا فهو لكذا وإن جاءت به على صفة كذا فهو لكذا ولا يعلم ذلك إلا بالوحي[٢].

رأي الباحث في نفي الحمل

يرى الباحث أن الرأي المجيز للعان لنفي الحمل يستند إلى فعل النبي صلى ا عليه وسلم السابق ذكره في الأحاديث صحيحة، ولا يرد عليه أن الأمر وحي بل هو تشريع أمرنا فيه بالإتباع؛ حيث إن النبي صلى ا عليه وسلم قد جعل الاحتمال في صورة المولود، ولو كان وحيا لقطع صلى ا عليه وسلم بالأمر، وأما استدلال المانعين لنفي الحمل أن في ذلك نفي لما هو مشكوك به وعليه فلا لعان، فيرى الباحث أن هذا السبب قد ارتفع مع تطور البينة العلمية إلى درجة القطع بوجود الحمل من عدمه فما عاد يخشى أن يكون تأخرا أو هواء فيكون اللعان معلقا واللعان لا يقبل التعليق أما القول أن الحمل لا تترتب عليه أحكام وإنما تترتب الأحكام على الولادة فغير مسلم به حيث للحمل أحكام في النفقة والصيام والدية وغير ذلك مما هو منثور في

---

(١) أنظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٢ ص ٤٦٦ والشربيني ، مغني المحتاج، ج٥، ص ٧٤،٦٩، وابن قادمة، المغني، ج ٨، ص ٥٥. والمعنى الاصطلاحي للعلقة لا يخرج عن المعنى اللغوي ووفق ما جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية انظر الكويتية الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٣٠، ص٢٨٣، مطابع دار الصفوة مصر.

(٢) الكاساني، البدائع، ج٤، ص ٢٤٠. وانظر ابن قدامة، المغني، ج٨، ص ٧٥.

كتب الفقه، وعلى هذا يكون الرأي المجيز للعان الحمل مع تطور البينة العلمية أكثر منطقية من أن يؤخر اللعان إلى حين أن تلد المرأة ثم يكون اللعان مع تيقن الزوج أن الولد ليس له.

الفرع الرابع: مستند القانون في اعتماد البينة العلمية سببا لرد طلب اللعان

جاء في القانون الجديد: يمتنع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في أي من الحالات التالية:-

١- بعد مرور شهر على وقت الولادة أو العلم بها.

٢- إذا اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً.

٣- إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل أو الولد له.

أي إذا طلب الزوج اللعان وتم تحويل الزوجين إلى الجهات المختصة لإجراء فحص رد الأبوة والبنوة[١]، وتبين بالبينة العلمية القطعية أن الحمل أو الولد له يرد طلب اللعان.

ومسألة البينة العلمية القطعية بعمومها ليست من مستجدات القانون، بل سبق ذكرها واعتمادها في أبواب عدة كالحجر والتفريق للعيب والعنة.

والمستجد هو إعمال هذه البينة القطعية المتعلقة بالأبـوة والبنوة فـي رد طلب اللعان[٢].

وباستقراء إعمال البينة العلمية في باب النسب في الفقه الإسلامي نجد الفقهاء قد نصوا على اعتبارها وأقاموا لها وزنا معتبرا في البينات في فصول مختلفة، منها أن المالكية والشافعية

---

(١) هكذا يسمى الفحص في المختبرات الجنائية في الأردن.

(٢) وقد كان اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية سابقا أنه لا وجه لتحويل المدعي والمدعى عليه والصغير إلى الطبيب لتحليل دمهم لحل مشكلة نسب الصغير، لأن ذلك لا يستند إلى نص شرعي انظر القرار الاستئنافي رقم ٧٥٥٨ تاريخ ٢-٦-٥٥ أنظر الداود، الأحوال الشخصية فقه الأحوال الشخصية المقارن، ج ٢، ص٣٩١.

والحنابلة جعلوا القيافة[١] سببا ثبوتيا لإلحاق النسب وجعلوها مناطا للحكم[٢] واستدلوا على ذلك بأدلة عدة منها إقرار النبي صلى ا عليه وسلم لها في الحديث الذي ترويه سيدتنا عائشة رضي ا عنها قَالَتْ: دخَلَ علَي رسولُ ا ِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم ذَاتَ يومٍ مسرورا، فَقَالَ: "يا عائِشَةُ، أَلَم تَري أَن مجززا الْمدلِجِي دخَلَ علَي، فَرأَى أُسامةَ وزيدا، وعلَيهِما قَطِيفَةٌ قَد غَطَيا رؤوسهما، وبدتْ أَقْدامهما، فَقَالَ: إِن هذِهِ الْأَقْدام بعضها مِن بعضٍ"[٣]، ومنها دعوة سيدنا عمر رضي ا عنه للقائف والعمل بقوله عند تعدد المدعين في ولد واحد[٤].

ومن مواطن اعتبار البينة العلمية أيضا ما نص عليه فقهاء المذاهب الأربعة في أبواب مختلفة ينفى بها النسب دون لعان لاستحالة ثبوت النسب عقلا كالمجبوب والخصي ومن كان به عيب جنسي إن أكد أهل المعرفة عدم إمكانية أن يكون الولد منه، وكعدم التلاقي بين الزوجين أو أن يكون الولد جاء بعد يوم من النكاح مثلا دون إقرار وإلحاق نسب من المدعى عليه، على

---

(١) وهي معرفة نسب المولود بناء على الشبه بين المولود ومدعية بالنظر إلى أعضاء المولود وملاحظة الشبه.

(٢) أنظر الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج٤، ص٥٦، والشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٤٣٩، وابن الفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد ا بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، لمبدع شرح المقنع لابن قدامة، ج٧، ص٩٦، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م.

(٣) رواه الإمام البخاري عن عائشة رضي ا عنها في صحيحه باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي صلى ا عليه وسلم وفي باب القائف ورواه الإمام مسلم عن عائشة رضي ا عنها واللفظ له في صحيحه باب العمل بإلحاق القائف الولد أنظر البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبدا البخاري (ت ٢٥٦)، الجامع المسند الصحيح = صحيح البخاري، في الحديث رقم ٣٥٢٥، ج٣، ص١٣٠٤، والحديث رقم ٦٣٨٨ والحديث رقم ٦٣٨٩، ج٦، ص ٢٤٨٦-٢٤٨٧، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ. وانظر الإمام مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، فيما يرويه عن سيدتنا عائشة رضي ا عنها، في الحديث رقم ١٤٥٩، ج٢، ص١٠٨٢، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي – بيروت.

(٤) أنظر الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج٤، ص ٥٦.

خلاف بالتفاصيل بين المذاهب ولكنهم يلتقون في تحكيم العقل وقول أهل المعرفة في هذه المسائل[١].

أما مسألة رد اللعان إذا ثبت بالبينة العلمية القطعية أن الولد للزوج فهي من المسائل المستجدة في الفقه الإسلامي لجدتها في حقل الطب والعلم وعلم الجينات، وتسمى البينة العلمية التي تدل على هوية الإنسان من ناحية الأبوة والبنوة بالبصمة الوراثية[٢].

وتنوعت آراء العلماء المعاصرين في اعتماد هذه البينة وعلاقتها باللعان بين مانع من الأخذ بهذه البينة في مسألة نفي النسب مطلقا، وبين مقيم لهذه البينة مقام اللعان وبين اخذ لها بضوابط.

أما المانعون للأخذ لهذه البينة في باب اللعان مطلقا فاستدلوا على رأيهم بما يلي:

أولا: أن الشارع الكريم جعل لنفي النسب طريقا واحدا وهو اللعان، ولم يجعل البينة العلمية حالة محل اللعان بل أهدرت بجانب اللعان، مثاله ما رواه الإمام البخاري عن عائشة أم المؤمنين رضي ا عنها إن عتْبةَ بن أَبِي وقاصٍ عهد إِلَى أَخِيهِ سعدِ بن أَبِي وقاصٍ أَن يقْبِض إِلَيهِ ابن ولِيدةِ زمعةَ، قَالَ عتْبةُ: إِنه ابنِي، فَلَما قَدِم رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم زمن الْفَتْحِ، أَخَذَ سعد ابن ولِيدةِ زمعةَ، فَأَقْبلَ بِهِ إِلَى رسول اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم، وأَقْبلَ معه بِعبدِ بن زمعةَ، فَقَالَ سعد: يا رسولَ اللهِ هذَا ابن أَخِي عهد إِلَي أَنه ابنُه، فَقَالَ عبد بن زمعةَ: يا رسولَ اللهِ هذَا أَخِي ابن ولِيدةِ زمعةَ، ولِد علَى فِراشِهِ، فَنَظَر رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم إِلَى ابن ولِيدةِ زمعةَ، فَإِذَا هو أَشْبه الناسِ بِهِ، فَقَالَ رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم [ص:١٤٧]: «هو لَك

(١) انظر ابن الهمام، فتح القدير على هداية، ج٣، ص٣٣٤، الدردير الشرح الكبير للدردير ومعه حاشية الدسوقـي، ج٢، ص ٤٥٦. والنووي، روض الطالبين، ج٨، ص٣٥٧. وابن قدامة، المغني، ج ٨، ص٧٩-٨٠.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩٥ (١٦/٧): في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من ٢١-١٤٢٢/١٠/٢٦هـ الذي يوافقه من ٥-٢٠٠٢/١/١٠م

يا عبد بن زمعةَ، مِن أَجل أَنه وِلد علَى فِراشِ أَبِيهِ» وفي رواية الولد للفراش وللعاهر الحجر وقَالَ رسولُ اللهِ صلى ا ُ علَيهِ وسلم:«احتَجِبي مِنْه يا سودةُ بِنْتَ زمعةَ» مِما رأَى مِن شَبهِهِ بِعتْبةَ، وكَانَتْ سودةُ زوج النبِي صلى ا ُ علَيهِ وسلم(١).

فالنبي صلى ا عليه وسلم لم يلجأ إلى الشبه لإثبات النسب أو نفيه بل ألحق الولد بصاحب الفراش وأهدر شبه الصغير بمدعية من ناحية النسب.

ومن صور إهدار الشبه بجانب اللعان أن النبي صلى ا عليه وسلم في حديث الصحابي هلال بن أمية وزوجته قال «أَبصِروها، فَإِن جاءتْ بِهِ أَكْحلَ العينَينِ، سابِغَ الأَلْيتَينِ، خَدلج الساقَينِ، فَهو لِشَرِيكِ ابن سحماء»، فَجاءتْ بِهِ كَذَلِك، فَقَالَ النبِي صلى ا ُ علَيهِ وسلم: «لَولاَ ما مضى مِن كِتَابِ اللهِ لَكَان لِي ولَها شَأْن(٢).

أي أن الأيمان التي حلفت لم تبق للشبه حكما، فالنسب قد انتفى والزوجة لاعنت فلا وجه لاعتبار الشبه في إثبات أي حكم.

ثانيا: إن اعتماد البينة العلمية أو البصمة الوراثية في نفي النسب تتعارض مع مقصد الشارع الكريم من حفظ النسب، إذ موضوع الأنساب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية، وعليه فلا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا تقديمها على اللعان. ولا

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه باب أم الولد وفي باب قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي وفي باب تفسير المشبهات أنظر البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدا البخاري (ت ٢٥٦)، الجامع المسند الصحيح = صحيح البخاري ج٣، ص٥٤، حديث رقم ٢٠٥٣، باب تفسير المشبهات، ج٣، ص١٤٦، حديث رقم ٢٥٣٣، باب أم الولد وفي رواية أخرى بنفس المعنى، ج٤، ص٤، حديث رقم ٢٧٤٥، باب قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر دار طوق النجاة الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ، وفي عدة روايات أخرى بنفس المعنى.

(٢) أخرجه البخاري باب ويدرأ عنها العذاب فيما يرويه عن سيدنا ابن عباس رضي ا عنهما، حديث رقم٤٧٤٧، ج٦، ص ١٠٠.

استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة؛ لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونًا لأنسابهم[1].

وفي إحلال فحص الدم مكان اللعان يهون الأمر ويسهل، ويسارع كل صاحب شك أو وسواس إلى فحص الدم لنفي النسب خاصة مع كثر الفاسدين والتردي الخلقي الذي تعيشه بعض مجتمعاتنا، فينشأ عن ذلك مفسدة كبرى وفتح لأبواب شر كانت موصدة بالتشريع الحكيم الذي جعل لنفي النسب طريقا واضحا إلا وهو اللعان بصورته المنصوص عليها في كتاب ا عز وجل.

ثالثا: إن في إعمال البينة العلمية في باب نفي النسب وأن تحل هذه البينة محل اللعان تعطيل لحكم شرعي، إذ الشارع الكريم جعل لنفي النسب طريقا واحدا وهو اللعان ورسم له صورة مهيبة من تغليظ الأيمان وتكرارها وقرنها باللعنة والغضب وأن تكون مجلس قضاء وبعد الصلوات وفي حضرة جمع من الناس وأن يؤدى في المساجد وغير ذلك من أركانه وشروطه ومستحباته، درءا للجوء إلى نفي النسب لأدنى شبهة، فاللعان صورته تعبدية لا مجال للاجتهاد فيها، فأنى للقائل أن يحل فحص الدم مكان اللعان.

الرأي الثاني

واستدل القائلون بإحلال البينة العلمية مكان اللعان بالأدلة التالية:

أولا: قوله تعالى (والذِين يرمون أَزواجهم ولَم يكُن لَهم شُهداء إِلا أَنْفُسهم) فاللعان يكون عند عدم وجود الشهود ،أما وقد وجدت البينة العلمية التي تشهد لقول الزوج أو تنفيه فليس هناك

---

(١) أنظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩٥ (١٦/٧): في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من ٢١-١٤٢٢/١٠/٢٦هـ الذي يوافقه من ٥-٢٠٠٢/١/١٠م بتصرف

موجب للعان؛ إذ الآية رتبت درء العذاب على اللعان ولم ترتب نفي النسب فلا تلازم بينهما ،فإذا درأ الزوج عن نفسه العذاب باللعان، فلا مانع أن ينسب الولد إليه إن أكدت البينة العلمية ذلك، فإذا كان موضوع الدعوى نفي النسب فقط فيكتفى بالبصمة الوراثية.

ويستدل أصحاب الرأي السابق على رأيهم أن ا سمى قول الشاهد الواحد في سورة يوسف شهادة واعتبرت نوعا من الشهادة بقوله تعالى (وشَهِد شَاهِد مِن أَهلِها إِن كَان قَمِيصه قُد مِن قُبلٍ فَصدقَتْ وهو مِن الْكَاذِبِين * وإِن كَان قَمِيصه قُد مِن دبرٍ فَكَذَبتْ وهو مِن الصادِقِين) (يوسف: ٢٦-٢٧).

وكذلك البصمة الوراثية نوع من الشهادة إذ فيها المطابقة للواقع كما في قصة سيدنا يوسف عليه الصلاة والسلام.

ثانيا: القياس حيث ذكر الفقهاء أن الخصي والمجبوب لا ينسب الولد له دون لعان لاستحالة ذلك عقلا، وعليه يلحق الحكم وهو نفي النسب دون لعان بجامع العلة الواحدة وهي استحالة أن يكون الولد لنافيه عقلا إن أثبتت البينة العلمية ذلك.

ثالثا: إن في إعمال اللعان وبالتالي نفي النسب مع إثبات البينة العلمية القطعية أن الولد للزوج تكذيب للحس والواقع ومخالفة للعقل، وهذا مما يتنزه الشارع الحكيم عنه، وليس في المسألة ما هو تعبدي حتى نتوقف عنده، وإصرار الزوج على اللعان بعد البيان التام من المختصين أن الولد له عناد وتعنت يجب رده.

رابعا: حرص الشارع على إثبات النسب رعاية لحق الصغير، فإذا وجد ما يرقى إلى درجة البينة العلمية القطعية المنظمة من قبل المختص أن الولد المراد نفيه هو ابن الزوج علميا وجينيا، فلا يبقى للعان سبيل إذ في اللعان في هذه الصورة مخالفة لمقصد من مقاصد الشريعة

بحفظ النسب ،خاصة مع ما يشهد المجتمع من فساد للذمم وتطلع إلى التشهير والنكاية وعليه منع اللعان لمن اقر بابنه سابقا أو تأخر بنفيه[١].

رأي الباحث

يرى الباحث وباستعراض الآراء السابقة وأدلة كل فريق أن القانون قد أخذ بأجود الآراء وأجمعها للنصوص وأكثرها تحقيقا للمصالح فالقانون لم يجعل البينة العلمية حالة محل اللعان لما في ذلك من تعطيل لحكم شرعي، وفتح لباب شر ،ومخالفة لمقصود الشارع من حفظ النسب؛ إذ الصورة التي رسمها الشارع لنفي النسب واضحة جلية منصوص عليها بقطعي العبارة في كتاب ا عز وجل بأية اللعان فلا يصح أن نلغي هذا الباب ونوقف العمل بهذا الحكم بلا سبب معتبر إذ علته موجودة وحكمته متحققة فلا وجاهة لإلغائه بالكلية.

وفي نفس الوقت فلا يصح أن نقف متفرجين على الأدلة الجديدة التي أثبتها العلم ونقف منها موقف الإهمال - فالبينة اسم لما أظهر الحق وبينه ومن عظمة هذا التشريع صلاحه وإصلاحه لكل زمان ومكان واعتباره لكل معنى مناسب محقق لمصلحة معتبرة وإن لم تدل الأدلة الخاصة على اعتباره ودلت عليه الأدلة بعمومها، فلا يقبل الأخذ بأحكام منافية للواقع والعمل بظنون بينة الخطأ وعليه فالقانون لم يهمل البينة العملية بالكامل بعدم اعتبارها وإعطائها وزنا في الأدلة[٢] بل أعملها بجعلها سببا لرد طلب اللعان.

---

(١) أنظر جمع الآراء في هذه المسألة وأدلتها عند الكعبي، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ص٤٧ -٤٤٢-٤٥٠، دار النفائس عمان الأردن، ط١، ٢٠٠٦، وانظر القواسمي، بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، ص ٨١ -٩١، دار النفائس، ط١، ٢٠١٠.

(٢) أنظر جمع الآراء في هذه المسألة الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام، ص ٤٤٢.

ولا يرد على هذا أن في ذلك تعطيلا لحكم، ولم يسبق لهذا الرأي من سابق ولا عضد، بل رأينا النصوص الفقهية السابقة كيف منعت اللعان على الزوج إن أقر سابقا بالولد أو تجاوز الفترة المقررة لذلك، وكل ذلك رعاية لحق والولد وإلزاما للمقر بإقراره.

فلم لا تعتبر البينة العلمية القطعية الصادرة عن المختص سببا لرد طلب اللعان ونفي النسب، لنفس السبب ففيها رعاية لحق الصغير الذي سينفى نسبه عن والده الحقيقي مع تأكيد العلم بشكل قطعي أنه له.

وأيضا فمنثور في كتب الفقه عدة حالات ينفى نسب الولد عن الزوج عند الإنكار دون لعان لعدم إمكانية الحمل والمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة والمعرفة، فمراعاة الحكم للواقع وانسجامه مع ما اتفق عليه العقلاء معتبر محترم عند السادة الفقهاء.

ولا يرد على ما سبق أدلةُ المانعين من الأخذ بالبينة العلمية في هذا الباب، من إهدار النبي صلى ا عليه وسلم للشبه بجانب اللعان، لأن استدلالهم كان على واقعة لم يكن فيها لعان مثل واقعة ابن زمعة، أو على واقعة تم اللعان فيها مع عدم قدرة ملاحظة الشبه مثل واقعة الصحابي هلال بن أمية رضي ا عنه حيث كانت الزوجة حاملا.

أضف إلى ذلك أن البينة المهدرة - على فرض أنها مهدرة - هي القيافة التي تعتمد الشبه من خلال نظر القائف إلى الولد والزوج، أما البينة العلمية القطعية فإنها ترقى على القيافة فيما اعتمدت بينة من أجله، حيث إن نتيجة الصواب في البصمة الوراثية في حال النفي تصل إلى ٩٩,٩٩% وفي حال الإثبات تصل إلى ١٠٠% إذا خلت من العيوب المتعلقة بسلامة الطرق والإجراءات التي تلزم لتحليل البصمة الوراثية[1].

---

(١) أنظر الآراء السابقة وأدلتها عند الكعبي، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ص٤٧ -٤٤٢-٤٥٠، دار النفائس عمان الأردن، ط١، ٢٠٠٦. وانظر القواسمي، بسام محمد القواسمي،=

أما احتمالية الخطأ فيجاب عليها بإمكانية إزالة هذا الضرر من خلال إعادة المحاكمة التي سبب لسماعها بأن يبرز للمحكمة بعد الحكم أوراق ومستندات تصلح لأن تكون أساسا للحكم كان الخصم قد كتمها أو حمل على كتمها[1].

ويرى الباحث أن التحويل إلى الجهات المختصة يكون من قبل القاضي في حال أنكرت الزوجة ادعاء الزوج وأصرت أن الحمل أو الولد له، ووصلت الدعوى في أدوراها إلى دور إجراء اللعان واكتملت كل أركانها، وذلك رعاية لحق الصغير وحتى لا يتناقض حكم القاضي مع الواقع في حال جاءت البينة العلمية مؤكدة أن الولد أو الحمل له قطعا، وأذكر في هذا الموطن واقعة نظرت أمام القضاء المصري طلب الزوج فيها اللعان أمام القاضي لنفي النسب وسار القاضي في الدعوى وأجرى اللعان ثم وبعد إجراء اللعان حول أطراف الدعوى مع الولد إلى الجهات المختصة لإجراء الفحص بناء على طلب الزوجة، فأكد الفحص أن الولد للزوج فأوقف القاضي النظر في الدعوى ورفع المسألة إلى مجلس الإفتاء فكانت الفتوى بأن اللعان يترتب عليه أثره من حيث التفريق بين الزوجين، وينسب الولد إلى الزوج، وبناء على ما سبق يرى الباحث أن تحويل الأطراف إلى الجهات المختصة إنما يكون من قبل القاضي درءا لهذا التناقض ورفعا للمفسدة، وحتى لا نقع في قول أن اللعان لا ينفي النسب إذ فيه مخالفة لما اتفق عليه الفقهاء[2].

وأختم بقول ابن القيم رحمه ا : (فَإن الله سبحانَه أَرسلَ رسلَه، وَأَنْزلَ كُتُبه، لِيقُوم الناس بِالْقِسطِ، وهو الْعدلُ الذِي قَامتْ بِهِ الْأَرض والسموات،فَإِذَا ظَهرتْ أَمارات الْعدل وَأَسفَر وجهه بِأَي طَرِيقٍ كَان، فَثَم شَرع اللهِ ودِينُه، واَلله سبحانَه أَعلَم وَأَحكَم، وَأَعدلُ أَن يخُص طُرقَ الْعدل

=أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، ص ٨١ -٩١، دار النفائس، ط١، ٢٠١٠.

(١) المادة ١٥٣ فقرة ٣ من إعادة المحاكمة من أصول المحاكمات الشرعية.

(٢) قرار دار الإفتاء المصرية في القضية رقم ٦٣٥ لسنة ١٩٩٥ أنظر الكعبي، البصمة الوراثية، ص ٤٨٥.

وَأَماراتِهِ وَأَعلامه بِشَيءٍ، ثُم ينْفِي ما هو أَظْهر مِنْها وَأَقْوى دلالَةً، وَأَبين أَمارةً. فلا يجعلُه مِنْها، ولا يحكُم عِنْد وجودِها وقِيامِها بِموجِبِها، بلْ قَد بين سبحانَه بِما شَرعه مِن الطرق، أَن مقْصوده إقامةُ الْعدل بين عِبادِهِ، وقِيام الناسِ بِالْقِسطِ، فَأي طَرِيقٍ اُستُخْرِج بِها الْعدلُ والْقِسطُ فَهي مِن الدين، ولَيستْ مخَالِفَةً له)[1].

الفرع الخامس: فرقة اللعان تقع فسخا بدلا من طلاق

جاء في القانون رقم ٣٦ لعام ٢١٠١ في مادة التفريق للعان رقم ١٦٥: (يترتب على اللعان بين الزوجين فسخ عقد زواجهما).

وفي هذه المادة مخالفة للمذهب الحنفي الذي كان عليه العمل سابقا في وصفه للتفريق، حيث إن المذهب الحنفي في الراجح يعد التفريق للعان طلقة بائنة، وعند أبي يوسف وزفر هي فرقة بغير طلاق.

واستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما ا لرأيهما أَن رسولَ اللهِ - صلى الله علَيهِ وسلم - لَما لاعن بين عويمِرٍ الْعجلانِي وبين امرأَتِهِ فَقَالَ عويمِر: (كَذَبتُ علَيها يا رسولَ اللهِ إن أَمسكْتها فَهي طَالِقٌ ثَلَاثًا وفِي بعضِ الرواياتِ كَذَبتُ علَيها إن لَم أُفَارِقْها فَهي طَالِقٌ ثَلَاثًا)[2].

وهكذا أصبح طلاق الزوج بعد اللعان سنة المتلاعنين؛ لأن عويمرا طلق زوجته ثلاثا بعد اللعان، وأنفذ عليه صلى ا عليه وسلم طلاقه، وعليه على كل زوج أن يطلق فإذا امتنع طلق عنه القاضي.

---

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية، ج١، ص ١٣.

(٢) ورواية إن أمسكتها فمتفق عليها أخرجها الإمام البخاري أنظر البخاري فيما يرويه عن سهل بن سعد الساعدي، باب من أجاز طلاق الثلاث حديث رقم ٥٢٥٩، ج٧، ص٤٢. وفي أبواب أخرى بنفس اللفظ وأخرجه الإمام مسلم، فيما يرويه عن سهل بن سعد الساعدي، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها حيث رقم ١٩٤٢، ج٢ ص١١٢٩، ومعنى قوله كذبت عليها يا رسول ا إن أمسكتها أي لن أحسن عشرتها إن أمسكتها فأكون بإمساكي قد غررت بها ولم يجد الباحث الرواية الثانية في مظانها.

والسبب الآخر لاعتبار الفرقة طلاقا، أن الزوج هو سبب الطلاق؛ إذ هو الذي قذف زوجته وبناء عليه تم اللعان، وانبنى على تمام اللعان التفريق، وكل فرقة يكون الزوج سببها ولا يمكن أن تكون من الزوجة تكون طلاقا، وهذا هو قول السلف من إبراهِيم والْحسن وسعِيدِ بن جبيرٍ وقتَادةَ وغَيرهِم - رضِي الله عنْهم -.

واستدل أبو يوسف وزفر رحمهما ا بحديث النبي صلى ا عليه وسلم «الْمتَلَاعِنَان لَا يجتَمِعان أَبدا»[1] وقد روي ذلك موقوفا عن جماعة من الصحابة[2] فهي فرقة فسخ لا يصح بعدها زواج أبدا وليس طلاقا[3].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن هذه الفرقة فسخ؛ لأنها توجب تحريما مؤبدا، ولأن اللعان ليس بصريح الطلاق ولا نوي به الطلاق، ولو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون الزوجة[4] وقد سبق بيان رأي الباحث في المسألة.

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى والدارقطني من حديث ابن عمر رضي ا عنهما بلفظ الْمتَلَاعِنَان إذَا تَفَرقَا لَا يجتَمِعان أَبدا أنظر البيهقي، السنن الكبرى، حديث رقم١٥١٣١، ج٧، ص٤٠٩، باب ما يكون بعد التعان الزوج، والدارقطني، حديث رقم ٣٧٠٦، ج٤، ص ٤١٦، باب المهر.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص ٢٤٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص ٢٤٥.

(٤) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٢، ص٤٦٧ الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص٤٦٦. وابن قدامة، المغني، ج٨، ص٦٥.

الخاتمة

وفي خاتمة الرسالة يخلص الباحث إلى النتائج التالية:

أولا: إن القانون الجديد عالج مجموعة من القضايا التي سكت عنها القانون القديم وكان العمل فيها على الراجح من المذهب الحنفي أو غير فيها الأحكام كما سبق بيانه، وكل ذلك كان مستندا إلى دليل معتبر أو مصلحة قدرها المشرع.

ثانيا: أنه كان لزاما إيجاد منظومة تشريعية جديدة وذلك مراعاة لتغير الأزمان واختلاف الأعراف لتعالج هذه الوقائع معالجة معتمدة على الدليل ومحققة لمقصود الشارع من الزواج.

ثالثا: إن القانون وفي معظم ما استجد في أبواب التفريق قد اعتمد الرأي الأقرب للدليل والمتسق مع روح التشريع ويرى الباحث أن القانون قد سعى بالنهوض بالأسرة ودفع الظلم والضرر الواقع على أفرادها وحل المشكلات بأقل الأضرار، ويرى الباحث أن القانون قد خالف الأرجح في بعض المسائل وكذا طبيعة أي عمل إنساني والأمور يحكم عليها بالعام الأغلب.

رابعا: قطع القانون في مسائل كانت محلا للاجتهاد وبالتالي الاختلاف بين الهيئات، مثل النص على الهدايا في الافتداء والتوسع في مفهوم الضرر في الشقاق والنزاع وغير ذلك مما تم بحثه.

خامسا: درأ القانون من خلال عدد من مستجدات التفريق مفاسد ما كان للقاضي أن يدرأها وفق القانون السابق مثل البينة الكاملة على الضرر والشقاق والنزاع وعدم وقوع الطلاق باللعان إلا بعد رفع الأمر إلى القاضي وسماع اللعان وإن أقرت الزوجة بالزنا.

سادسا: واكب القانون التطور العلمي وذلك من خلال اعتماد البينة العلمية في غير واحد من أبواب التفريق كالعقم واللعان.

التوصيات

١. إصدار مذكرة توضيحية لهذا القانون تبين المصدر الفقهي الذي اعتمده المشرع لتكون دليلا فيما أجمله القانون أو سكت عنه.

٢. تعديل بعض المواد التي أشار إليها الباحث مثل فيئة المعذور أو شرط عدم وجود ولد للزوجة طالبة التفريق لعقم الزوج أو رفع الفرق بين آلية الوصول إلى القناعة في الشقاق والنزاع بين كون الإدعاء من قبل الزوج أو الزوجة إذ لا مبرر للفرق، ويكون التعديل من خلال الطرق القانونية المعروفة.

٣. نشر القرارات الاستئنافية المتعلقة بالقانون، وتكوين لجان خماسية لإقرار مبادئ استئنافية في حال وجود تعارض بين القرارات الاستئنافية في فهم القانون.

هذا وفي نهاية هذه الرسالة أسأل ا العظيم باسمه الأعظم الذي إذا دعي به أجاب وإذا سئل به أعطى أن يجعل هذا العمل متقبلا خالصا لوجهه الكريم وأن يجعله طريقا لصاحبه لحوض سيد المرسلين صلى ا عليه وسلم إنه ولي ذلك والقادر عليه وما كان في هذه الرسالة من توفيق وصواب فمن ا وما كان من خطأ وزلل فمني وأختم رسالتي بحمد ا تعالى على فضله ومنه وجوده وإحسانه وأصلي وأسلم على رحمة ا للعالمين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

- كتب التفسير

- أبو السعود، أبو السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى، (ت: ٩٨٢هـ)، **تفسير أبي السعود، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت: ٣١٠هـ)، **جامع البيان في تأويل القرآن**، ط١، (تحقيق: أحمد محمد شاكر)، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، (ت: ٧٧٤هـ)، **تفسير ابن كثير، تفسير القران العظيم**، ط٢، (تحقيق: سامي بن محمد سلامة)، دار طيبة للنشر والتوزيع، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- النسفي، أبو البركات عبد ا بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، (ت: ٧١٠هـ)، **تفسير النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل**، ط١، (حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي)، دار الكلم الطيب، بيروت، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

- كتب السنة

- الإمام أحمد، أبو عبد ا أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، (ت: ٢٤١هـ)، **مسند الإمام أحمد**، ط١، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون)، (إشراف: عبد ا بن عبد المحسن التركي)، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

- الإمام البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدا البخاري، (ت: ٢٥٦هـ)، **الجامع المسند الصحيح = صحيح البخاري**، ط١، (تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر)، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.

- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسروجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، (ت: ٤٥٨هـ)، **السنن الكبرى**، ط٣، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

- ـــــ، **شعب الإيمان**، ط١، (تحقيق: عبد العلي عبد الحميد حامد)، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

- ابن الجعد، علي بن الجعد بن عبيد الجوهري البغدادي، (ت: ٢٣٠هـ)، **مسند ابن الجعد**، ط١، (تحقيق: عامر أحمد حيدر)، مؤسسة نادر، بيروت، ١٤١٠هـ–١٩٩٠م.

- الحاكم، أبو عبد ا الحاكم محمد بن عبد ا بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي النيسابوري المعروف بابن البيع، (ت: ٤٠٥هـ)، **المستدرك**، ط١، (تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ – ١٩٩٠م.

- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجِستاني، (ت: ٢٧٥هـ)، **سنن أبي داود**، (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد)، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت.

- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، (ت: ٣٨٥هـ)، **سنن الدارطقني**، ط١، (تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز ا ، أحمد برهوم)، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م.

- ابن أبي شيبة، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد ا بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، (ت: ٢٣٥هـ)، **مصنف ابن أبي شيبة،** ط١، (تحقيق: كمال يوسف الحو)، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ.

- الصنعاني، أبو بكـر عبـد الرزاق بـن همام بن نافـع الحميري اليمانـي الصنعانـي، (ت: ٢١١هـ)، **المصنف،** ط٢، (تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ.

- الطيالسي، سليمان بن داود أبو داود الفارسي البصري الطيالسي، (ت: ٢٠٤هـ)، **مسند أبي داود الطيالسي،** ط١، ج٤، (تحقيق: محمد بن عبد المحسن التركي)، دار هجر، مصر، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

- ـــــ، **مسند أبي داود الطيالسي،** ج١، دار المعرفة، بيروت.

- عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، (ت: ٢١١هـ)، **مصنف عبد الرزاق،** ط٢، (تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ.

- ابن ماجة، ابن ماجة أبو عبد ا محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، (ت: ٢٧٣هـ)، **سنن ابن ماجة،** (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء الكتب العربية.

- الإمام مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، (ت: ٢٦١هـ)، **صحيح مسلم،** (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- ابن منصور، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، (ت: ٢٢٧هـ)، **سنن سعيد بن منصور،** ط١، (تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي)، الدار السلفية، الهند، ١٤٠٣هـ -١٩٨٢م.

- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، (ت: ٣٠٣هـ)، **السنن الكبرى**، ط١، (تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

- كتب الفقه:

- المذهب الحنفي:

- الأبياني، محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، مكتبة النهضة.
- البابرتي، محمد بن محمد بن محمود البابرتي، (ت:٧٨٦هـ)، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر.
- حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي، (ت: ١٣٥٣هـ)، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، ط١، (تعريب: فهمي الحسيني)، دار الجيل، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، (ت: ٤٨٣هـ)، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، (ت: ١٢٥٢هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- الغنيمي، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، (ت: ١٢٩٨هـ)، **اللباب في شرح الكتاب**، (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد)، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، (ت: ٥٨٧هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط٢، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

- الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، (ت: ٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (ت: ٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر**، ط١، (خرج أحاديثه: زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- ـــــ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط٢، دار الكتاب الإسلامي.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، (ت: ٨٦١هـ)، **فتح القدير على الهداية للمرغيناني**، دار الفكر.

- المذهب المالكي:

- الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، (ت: ٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ط٣، دار الفكر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- الخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، (ت: ١١٠١هـ)، **شرح مختصر خليل للخرشي**، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- الإمام خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، (ت: ٧٧٦هـ)، **مختصر العلامة خليل**، ط١، (تحقيق: أحمد جاد)، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.
- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، (ت: ١٢٠١هـ)، **الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي** لمحمد بن عرفة الدسوقي، (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر.

- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، (ت: ٥٩٥هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م.

- الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد ا ، الرصاع التونسي المالكي، (ت: ٨٩٤هـ)، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. "شرح حدود ابن عرفة للرصاع"**، ط١، المكتبة العلمية، ١٣٥٠هـ.

- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، (ت: ١١٢٢هـ)، **شرح الزرقاني على الموطأ**، ط١، ج٣، (تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، (ت: ١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، دار المعارف.

- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، (ت: ٧٩٩هـ)، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ط١، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦.

- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد ا بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، (ت: ٤٦٣هـ)، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، (تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري)، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧ هـ.

- ـــــ، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار**، ط١، (تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
- العدوي، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، (المتوفى: ١١٨٩هـ)، **حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني**، (تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي)، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، (ت: ٦٧١هـ) **الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي**، ط٢، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
- الإمام مالك، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، **المدونة الكبرى**، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤.
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، (ت: ١٢٩٩هـ)، **منح الجليل منح الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله المواق (ت: ٨٩٧)، ط١، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

- المذهب الشافعي:

- الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، (ت: ١٢٠٤هـ)، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب للأنصاري المعروف بحاشية الجمل**، دار الفكر.
- الحصني، تقي الدين الحصني، (ت: ٨٢٩هـ)، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، ط١، (تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان)، دار الخير، دمشق، ١٩٩٤.

- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، (ت: ١٠٠٤هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، (ت: ٩١١هـ)، **الأشباه والنظائر**، ط١، ج١، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- الإمام الشافعي، أبو عبد ا محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، (ت: ٢٠٤هـ)، **الأم**، المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، (ت: ٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج**، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- الشيرزاي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، (ت: ٤٧٦هـ)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (ت: ٤٥٠هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، ط١، (تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩ هـ -١٩٩٩م.
- المحلي، جلال الدين المحلي، **شرح المحلي على منهاج الطالبين**، للشيخ محي الدين النووي وهو متن على حاشيتي قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.

- الإمام النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (ت: ٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ط٣، (تحقيق: زهير الشاويش)، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.

- ـــــ، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر.

- الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، (ت: ٩٧٤ هـ)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣.

- المذهب الحنبلي:

- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، (ت: ١٠٥١هـ)، **كشاف القناع على متن الإقناع**، دار الكتب العلمية.

- ـــــ، **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة.

- ـــــ، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، ط١، عالم الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

- ابن تيمية، الإمام مجد الدين تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد ا بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، (ت: ٧٢٨هـ)، **الفتاوى الكبرى**، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.

- ـــــ، **الاختيارات الفقهية**، (تحقيق: علي بن محمد بن عباس البعلى الدمشقي)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٩٧هـ/١٩٧٨م.

- الراميني، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد ا ، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي، (المتوفى: ٧٦٣هـ)، **كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع** للمرداوي

لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، ط١، (تحقيق: عبد ا بن عبد المحسن التركي)، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

- الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، (ت: ١٢٤٣هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ط٢، المكتب الإسلامي، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد ا الزركشي المصري الحنبلي، (ت: ٧٧٢هـ)، **شرح الزركشي على مختصر الخِرقي**، ط١، دار العبيكان، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد ا بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، (ت: ٦٢٠هـ)، **المغني**، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ـــــ، **الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، (ت: ٧٥١هـ)، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ط٢٧، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ١٤١٥هـ /١٩٩٤م.
- ـــــ، **الطرق الحكمية**، مكتبة دار البيان.
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط٢، دار إحياء التراث العربي.

- ابن المفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد ا بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، (ت: ٨٨٤هـ)، **المبدع شرح المقنع لابن قدامة**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- المقدسي عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، (ت: ٦٢٤هـ)، **العدة شرح العمدة**، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣ م.

- كتب أصول الفقه:

- الأمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي، (ت: ٦٣١هـ-١٢٣٣م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، (تعليق: عبد الرزاق عفيفي)، مؤسسة النور، ١٣٨٧هـ.
- خلاف، عبد الوهاب خلاف، (ت: ١٣٧٥هـ)، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط٢، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.
- الدريني، فتحي الدريني، **دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر**، ط١، دار قتيبة، بيروت، ١٩٨٨م.
- الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم موسى اللخمي الغرناطي، (ت: ٧٩٠هـ)، **الموافقات في أصول الأحكام**، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)، مطبعة المدني.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، (ت: ٥٠٥ هـ)، **المستصفى من علم الأصول**، ط١، دار صادر، ١٣٢٤هـ.

- كتب فقهية معاصرة:

- الأشقر، عمر سليمان الأشقر، (١٩٩٧)، **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، ط١، عمان، دار النفائس.

- التكروري، عثمان التكروري، (٢٠٠٩)، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط٤، عمان، دار الثقافة.

- الجنيدي، علي حسين الجنيدي، (٢٠١٠)، **التفريق القضائي بين الزوجين في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي**، عمان، دار صادر.

- الداود، أحمد محمد علي الداود، (٢٠١١)، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية**، ط٣، عمان، دار الثقافة.

- ـــــ، (٢٠٠٩)، **الأحوال الشخصية**، ط١، عمان، دار الثقافة.

- دين، هارون دين، (١٩٨٣)، **فسخ النكاح والقضايا المتعلقة به**، ماليزيا، مطبعة وطن.

- ذياب، القاضي زياد صبحي ذياب، (١٩٩٥)، **أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية**، ط١، عمان، مطابع الدستور.

- زيدان، عبد الكريم زيدان، (١٩٩٣)، **المفصل في أحكام المرأة**، ط١، بيروت، مؤسسة الرسالة.

- السرطاوي، محمود علي السرطاوي، (٢٠١٠)، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط٣، عمان، دار الفكر.

- أبو عامر، هالة طالب محمود أبو عامر، (٢٠٠٨)، **دعوى الخلع القضائي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

- العبد ، فليح محمد العبد ا ، (٢٠٠٩)، **المجالس الشرعية والمبادئ القضائية**، ط١، عمان، دار الثقافة.
- العمري، أشرف يحيى العمري، (٢٠٠٥)، **نظرية التفريق القضائي بين الزوجين**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- القواسمي، بسام محمد القواسمي، (٢٠١٠)، **أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون**، ط١، عمان، الأردن، دار النفائس.
- الكعبي، خليفة علي الكعبي، (٢٠٠٦)، **البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية**، ط١، عمان، الأردن، دار النفائس.
- وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، الكويت، دار السلاسل.

- كتب المعاجم اللغة:

- مصطفى، إبراهيم والزيات، أحمد، وعبد القادر، حامد والنجار، محمد، **المعجم الوسيط**، ج٢، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، (ت: ٨١٦هـ)، **التعريفات**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.
- الرازي، زين الدين أبو عبد ا محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، (ت: ٦٦٦هـ)، **مختار الصحاح**، ط٥، (تحقيق: يوسف الشيخ محمد)، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت – صيدا، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي، (ت: ٧١١هـ)، **لسان العرب**، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.

- القوانين:

- الجريدة الرسمية، (١٩٧٦)، **قانون الأحوال الشخصية الأردني**، المنشور بتاريخ ١-١٢-١٩٧٦م، عمان
- الجريدة الرسمية، (٢٠١٠)، **قانون الأحوال الشخصية الأردني**، المنشور بتاريخ ١٧-١٠-٢٠١٠م، عمان.

- كتب التراجم والأعلام:

- الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، (ت: ١٣٩٦هـ)، **الأعلام**، ط١٥، دار العلم للملايين، ٢٠٠٢م.

- كتب طبية:

- حسن، حسن الحسن، (٢٠١٠)، **سؤال وجواب عن العقم**، ط١، دار المؤلف، بيروت، لبنان.
- طلعت، محمود طلعت، **العقم**، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

UP COMING ISSUES IN JUDICIAL DIVORCE IN THE TEMPORARY JORDANIAN CIVIL LAW ٢٠١٠

By
Zaid Ibaraheem Zaid AL-Kilani

Supervisor
Dr. Mohamed Naim Yaseen Prof.

ABSTRACT

This research discussed the upcoming in the subject of judicial divorce based on the Jordanian civil (family) law No.٣٦ year ٢٠١٠ compared to the Jordanian civil (family) law No. ٦١ year ١٩٧٦ .

The research illustrates the jurisprudential views in the new cases and the proof of these views and the goals.

Some of these cases are: the case of returning gifts in the case of (Iftidaa') and the cases of (infertility), the case of (not spending), the case of (apostasy), and the changes of the tools of proving the right to judicial divorce for damage.

The previous law lasted for over ٣٠ years and there have been a number of changes in the family matters, therefore the amendment of the law was required to keep up with the changes.

As the new law has accomplished the best interest of the family after the latest amendment.